Die Wirkungen der Vormerkung.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hans Heinrich
aus Zweibrücken,

Rechtspraktikant in Nürnberg.

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Approbiert am 31. Oktober 1910.
16. Januar 1911.

NÜRNBERG 1911.
Gedruckt bei Benedikt Hilz.

125

Referent: Univ.-Prof. Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0004

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Die Fragestellung	1
§ 2.	Der Grundgedanke des Rechtsinstituts der Vormerkung	20
§ 3.	Der Zweck des Rechtsinstituts der Vormerkung . .	42
§ 4.	Die Vormerkung als Eintrag im Grundbuch . . .	55
§ 5.	Die essentiellen Wirkungen der Vormerkung . . .	72
§ 6.	Der Anspruch auf den Realisationskonsens . . .	102
§ 7.	Die Rechtsstellung des gesicherten Gläubigers . .	145
§ 8.	Die Vormerkung im Erbrecht	159
§ 9.	Die Vormerkung im Konkursverfahren	172
§ 10.	Die Vormerkung im Zwangsvollstreckungsverfahren	182
§ 11.	Die sog. Konstruktionen der Vormerkung	201
§ 12.	Einige Streitfragen über das Recht der Vormerkung	212

Verzeichnis der benützten Literatur.

I.

Lehrbücher und Kommentare:

Böhm, Das materielle und formelle Grundbuchrecht, Hannover 1898.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1900.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB., Berlin 1901.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung, Berlin 1901.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. Leipzig 1901.

Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das deutsche Reich, Berlin 1901.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Berlin 1903.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB., Berlin 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, Jena 1904.

Dernburg, Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens, Halle 1904.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Reichsgrundbuchordnung, Berlin 1904.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1904.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Auflage, Berlin 1905.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das deutsche Reich, Berlin 1905.

Steiner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, München 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1906.

Männer, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, München 1906.

Kretzschmar, Das Sachenrecht, Leipzig 1906.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen, Paderborn 1906.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.
Predari, Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, Berlin 1907.
Jäckel, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Berlin 1909.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Auflage, Berlin 1909.
Kober, Sachenrecht, 5./6. Auflage, München und Berlin 1910, 3. Band, von Staudingers Kommentar z. BGB.

II.
Monographien:

Borchardt, Die Vormerkung im heutigen gemeinen preußischen Immobiliarrecht, Berlin 1887, Diss.
Weigelt, Vormerkung und Widerspruch im deutschen Grundbuchrecht, Breslau 1901, Diss.
Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901.
Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, Breslau 1902.
Barth, Inwieweit ist eine dingliche Sicherung des persönlichen Wiederkaufsrechtes in Ansehung eines Grundstückes möglich? Köln 1903, Diss.
Vervier, Wesen und Wirkung der Vormerkung, Würzburg 1903, Diss.
Bongartz, Die Wirkungen der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, Köln 1904, Diss.
Strohal, Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten? Dekanatsprogramm, Leipzig 1904.
Leyser, Die rechtliche Natur der Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1904, Diss.
Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904.
Reichel, Die Umschreibung der Vormerkung, Leipzig 1905.
Philipsen, Die Vormerkung nach BGB., Berlin 1903.

III.
Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Das Recht.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts; insbes. Bd. 10 S. 59ff. Reichel, Die Vormerkung im deutschen BGB.; zit. Reichel.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Archiv für bürgerliches Recht.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Lobe, zit. Lobe.
Deutsche Juristenzeitung.
RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rspr.: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
RJA.: Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.

IV.

Verschiedenes.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB. Im Auftrag des Reichsjustizamts bearbeitet. Berlin 1899.
Denkschrift zum Entwurf eines BGB.
Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. für das deutsche Reich, München 1892.
Brünneck, Über den Ursprung des sog. ius ad rem, 1869.
Kärger, Zwangsrechte, 1882.
Fuchs, Wesen der Dinglichkeit, 1889.
Puntschart, Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre begrifflichen Mängel, 1893.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1897.
Eck, Vorträge über das Recht des BGB. 1898.
Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Halle 1900.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich und des preußischen ALR., Berlin 1900.
Bruck, Die Eigentümerhypothek, Jena 1903.
Rauchenberger, Die Einwendungen aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte, München 1904.
Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1907.

§ 1.

Die Fragestellung.

Das hier zu behandelnde Problem wird fast ausnahmslos formuliert als die Frage nach dem Wesen oder auch nach der rechtlichen Natur der V. In dieser Fragestellung liegt eine Ungenauigkeit, die vielfach verhängnisvollere Folgen gezeitigt hat, als sie sonst der Fluch terminologischer Nachlässigkeit zu sein pflegen. Wer unter der V. dasselbe versteht, was das Gesetz darunter versteht, der wird nicht in Versuchung kommen, nach dem Wesen oder nach der rechtlichen Natur der V. zu fragen. Mit Recht klagt Othmer S. 6 darüber, daß man der Frage so häufig eine ganz schiefe Fassung gegeben habe und auch er hält es nicht für überflüssig, ausdrücklich zu betonen: „Die V. ist und bleibt ein formelles Mittel, eine juristische Tatsache. Nur die Frage kann entstehen, wie sie auf vorhandene Rechtsbeziehungen einwirkt". Es ist überraschend, wenn Othmer S. 7 feststellt, daß fast die ganze Literatur des neuen Rechts sich einer zum allermindesten nachlässigen Ausdrucksweise bediene und die V. als Recht, Belastung, obligatorisches Recht, jus ad rem oder wie immer bezeichne.

Bei der Ausdrucksweise des Gesetzes, die trotz ihrer ermüdenden Schwerfälligkeit mit bemerkenswerter Konsequenz durchgeführt ist, sollte es keinem

Zweifel unterliegen, daß die V. ein Eintrag im Grundbuch ist, der etwa lauten mag:

> „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Bauern Johann Müller in Adelshofen auf Bestellung eines Fahrtrechts nach näherer Bestimmung der Eintragungsbewilligung vom 26. Oktober 1909."

Denn das Gesetz versteht unter der V. einen Eintrag im Grundbuch, der einen Anspruch — wofür auch „Recht" (§ 48 ZVG.) und „Forderung" (§ 193 KO.) gebraucht sind — in irgend einer Weise sichert: §§ 883 ff. BGB.; §§ 24, 193 KO.; § 48 ZVG. Demgemäß wird denn auch die V. überwiegend als „vorläufiger Eintrag", „formelles Sicherungsmittel" definiert: so Othmer S. 175: „daß die V. ein Grundbuchvermerk ist, wird niemand ernstlich bezweifeln wollen"; ebenso im ArchZivPrax. 23 S. 174: „Die V. ist nur ein Vermerk im Grundbuch, also kein Recht am Grundstück selbst. . . . Man fragte stets nach dem Wesen der V. und mühte sich ab, eine Lösung zu finden, anstatt richtiger nach dem Wesen des vorgemerkten Rechts (siehe unten S. 15), d. h. nach der rechtlichen Wirkung der V. zu fragen." Die gleiche Natur wird der V. allgemein zuerkannt, so z. B. Reichel S. 159; Strohal S. 6; Planck Bem. 2 S. 90 zu § 883; Biermann S. 129, 184; Achilles-Strecker, GBO. S. 126, 134; Vervier S. 22, 31; Weigelt S. 85. Priester im ArchZivPrax. 22 = 1903, S. 291; u. A.

Die allgemein trotz diesen Definitionen eingerissene Nachlässigkeit im Ausdruck nötigt zu der Feststellung: Die V. ist ein Eintrag — so wohl besser als „Eintragung": Bongartz S. 68 — im Grundbuch, eine rechtserhebliche Tatsache, die in

gewisser Weise einen Anspruch sichert, der mit ihr in Beziehung steht. Ein Recht ist die V. eben so wenig wie irgend ein anderer Eintrag im Grundbuch. Es ist auffallend, daß die sonst ganz geläufige Unterscheidung zwischen dem eingetragenen Recht und dem Eintrag des Rechts, d. i. der Stelle des Grundbuchs, wo das Recht verlautbart ist, nicht auch auf die V., die allerdings kein Recht ist, aber in dieser Beziehung analog zu betrachten ist, übertragen wird. Den Eintrag einer Hypothek im Grundbuch hat wohl noch niemand als Recht bezeichnet oder nach seinem Wesen gefragt; die V. jedoch, die nichts weiter als ein Eintrag im Grundbuch ist, wird derart allgemein allen Definitionen zum Trotz als Recht bezeichnet oder wenigstens mit den Prädikaten eines Rechts belegt, daß der Nachweis angezeigt erscheint, daß die V. wenigstens nach der Ausdrucksweise des Gesetzes kein Recht ist.

Auch Bongartz S. 52 sieht sich genötigt zu beweisen, daß die V. kein eingetragenes Recht ist. In seinen vier Beweissätzen vermeidet er jedoch nicht immer eine petitio principii, indem er von bestrittenen Sätzen ausgeht. Der hier versuchten Beweisführung wird der Text des Gesetzes zu grunde gelegt.

Vorher ist aber noch eine Bemerkung erforderlich: Von der Frage, ob die V. ein Recht i s t, ist völlig verschieden die Frage, ob mit der Eintragung der V. nicht ein Recht e n t s t e h t, ob die V. nicht ein Recht erzeugt. Nach dem ausgesprochenen Zweck des Gesetzes — § 883 BGB. — soll die V. einen Anspruch sichern; es darf daher wohl vermutet werden, daß der Anspruchsgläubiger einen Zuwachs zu seinen rechtlichen Befugnissen

gewinnt, sobald eine V. für seinen Anspruch intabuliert ist. Dieses Plus an rechtlichen Befugnissen, das dem Anspruchsgläubiger noch außerhalb seines Anspruchs zusteht, soll mit Cosack § 177 II S 23, vgl. hiezu Bongartz S. 52 als „Vormerkungsrecht" bezeichnet werden. V.-recht soll dieses aliquid novi deshalb genannt werden, weil sein wichtigstes Tatbestandsmerkmal, oder, da alle Tatbestandsmerkmale eines Rechts gleich wichtig sind, besser: weil sein markantestes Tatbestandsmerkmal die V. ist. Unter V.-recht wird also, um diesen Begriff rein formal zu fixieren, die besonders günstige Rechtslage des Anspruchsgläubigers verstanden, der zur Sicherung seines Anspruchs eine V. hat intabulieren lassen, und zwar insoweit er diese günstige Rechtslage vermöge der anspruchsichernden Wirkung der V. genießt.

Reichel S. 160 schwankt, ob die im § 883 BGB. dem Gläubiger eingeräumte „Füglichkeit" ein Recht oder eine staatliche Schutzvorrichtung sei. Daß sie keinen Anspruch darstellt, ist selbstverständlich, ebenso selbstverständlich ist aber auch, daß aus dem V.-recht unter Umständen Ansprüche entstehen können. Das Wesen des V.-rechts soll später untersucht werden; hier sollte zunächst nur ein Ausdruck gefunden werden, der alle Befugnisse und Vorteile des durch eine V. gesicherten Anspruchsgläubigers in einem Wort zusammenfaßt. Es mag hier ausdrücklich betont werden, daß mit dem Wort V.-recht keinerlei Präjudiz für den Charakter oder Inhalt der durch die V. geschaffenen Rechtslage gegeben sein soll. Das Wort V.-recht ist zunächst nichts anders als eine kurze Bezeichnung für die Rechtslage, die der gesicherte Anspruchsgläubiger kraft der Rechtswirkungen der V. ein-

nimmt, bedeutet daher nicht mehr als etwa der Ausdruck: Vormerkungsrechtslage bezeichnen würde.

Wenn nun in der Literatur der V. überraschend oft die Prädikate eines Rechts zuerteilt werden, so beruht dies zum großen Teil auf einer nachlässigen Ausdrucksweise: man versteht unter der V. das V.-recht, über dessen Rechtsnatur kein Zweifel bestehen kann, es sei denn, man definierte das Recht als die Befugnis, von einem Andern etwas zu verlangen [1].

Manchmal aber wird im vollen Bewußtsein des Unterschiedes zwischen V. und V.-recht doch der V. die Natur eines Rechts vindiziert. Sekler § 9a I 2 S. 53 stellt ausdrücklich die „Haupt- und Kardinalfrage", ob man die V. als ein Recht an Grundstücken und Grundstücksrechten anzusehen habe. Fuchs bei Gruchot 46 S. 561 stellt die Frage, ob die V. ein dingliches Recht sei; aus seinen folgenden Ausführungen ergibt sich aber, daß er untersucht, ob die V. ein dingliches Recht begründe. Die Frage ist dahin zu präzisieren: Ist nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes die V. ein Recht oder eine rechtserhebliche Tatsache?

[1] Es liegt nahe, auf eine Parallele hinzuweisen, wo eine ähnliche Unklarheit in der Terminologie aus einem ähnlichen Grunde herrscht: unter „Besitz" wird verstanden bald das Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, bald das tatsächliche Gewaltverhältnis zwischen einer Person und einer Sache — deshalb, weil das tatsächliche Gewaltverhältnis ein, wenn auch nicht das einzige, Tatbestandsmerkmal für das Rechtsverhältnis des Besitzes ist. Es wird eben das Rechtsverhältnis benannt nach seinem markantesten Tatbestandsmerkmal, ähnlich, wie man auch das Rechtsgeschäft als Unterbegriff der Willenserklärung definiert, obgleich die Willenserklärung noch anderer Tatbestandsmerkmale bedarf, um zum Rechtsgeschäft zu werden.

Bemerkenswert für die Stellung der Redaktoren des Gesetzes ist der Bericht der Prot. III S. 112: Es bestanden in der Kommission Zweifel „ob man sagen könne, daß [mit der Eintragung einer V.] bereits die Eintragung eines Rechtes vor sich gegangen sei". Daraus geht hervor, daß die II. Kommission die Rechtsnatur der V. mindestens für zweifelhaft erachtet hat. Jedenfalls schneidet diese Auffassung der Kommission die Beweisführung ab, die V. müsse ein Recht sein, weil sie ja ins Grundbuch „eingetragen" werde; denn „eingetragen" werden ins Grundbuch auch andere Dinge als lediglich Rechte.

In der Literatur ist vielfach vom „Rang der V." die Rede; da einen Rang in diesem Sinne — nämlich in Konkurrenz mit dinglichen Rechten — nur ein dingliches Recht haben kann, so wird mit dieser Ausdrucksweise die Rechtsnatur der V. stillschweigend vorausgesetzt. Dem Gesetz ist diese Ausdrucksweise fremd: § 883 III BGB. bestimmt:

> „Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der V."

Wenn das Gesetz die V. als Recht bezeichnen wollte, so wäre die Ausdrucksweise am Platze gewesen: „Der Rang des Rechtes . . . . bestimmt sich nach dem Rang der V."

Wenn zum Beweis der Rechtsnatur der V. darauf hingewiesen wird, daß die V. unter dem Abschnitt „Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken" geregelt ist, so muß diese Tatsache gerade als Beweis für das Gegenteil angesehen werden. Denn die einzelnen dinglichen Rechte sind in besonderen Abschnitten des dritten Buches

geregelt; dort aber finden sich keine Vorschriften über die V. Ferner hat, gleichwie die V., im zweiten Abschnitt der Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs seine Regelung gefunden; dem Widerspruch ist noch von keiner Seite die Natur eines dinglichen Rechts oder überhaupt eines Rechts vindiziert worden; daraus muß entnommen werden, daß trotz der Überschrift des zweiten Abschnitts dortselbst nicht ausschließlich „Rechte", sondern auch Rechtsinstitute behandelt sind.

Zur Bezeichnung dessen, daß ein Recht aufhören solle, seine Wirkung zu äußern, gebraucht das Gesetz die Wendungen: das Recht erlischt, die Geltendmachung des Rechts ist ausgeschlossen. Für die V. gebraucht das Gesetz den Ausdruck: „Die Wirkung der V. erlischt" im § 887 BGB. und: „die V. ist unwirksam" im § 221 KO. Für die Vorstellung, die V. sei ein Recht, ist dies eine geradezu unmögliche Ausdrucksweise; ein Recht erlischt oder geht unter; daß die Wirkung eines Rechts erlösche, würde voraussetzen, daß das Recht selbst bestehen bleibe, daß ihm aber die Wirksamkeit abgesprochen würde. Ein Recht ohne Wirksamkeit ist aber praktisch bedeutungslos und theoretisch nutzlos. Ebensowenig kann ein Recht unwirksam werden. Unwirksam werden oder ihre Wirkungen verlieren können nur rechtserhebliche Tatsachen. Wenn die Rechtsordnung auch Tatsachen nicht aus der Welt schaffen kann, so kann sie ihnen doch ihre sonst normale Wirkung, die Rechtserheblichkeit, absprechen und sie zu rechtlich belanglosen Tatsachen degradieren. In diesem Sinn erklärt § 1170 II S. 2 BGB. den Hypothekenbrief für kraftlos; dieselbe Bedeutung haben die Vorschriften § 887 a. E. BGB. und § 221 II

KO.: es wird die V. ihrer Bedeutung als rechtserheblicher Tatsache entkleidet. Auch mag noch darauf hingewiesen werden, daß nach der Ausdrucksweise des Gesetzes Rechte „gelöscht" werden, während im § 886 BGB. von der „Beseitigung" der V. die Rede ist[1].

Wenn das Gesetz unter der V. ein Recht verstände, so läge der einzigartige Fall vor, daß das Gesetz mit einem Recht operierte, ohne dessen Tatbestand geregelt zu haben; denn es findet sich nirgends eine Vorschrift darüber, unter welchen Voraussetzungen eine V. entsteht. Die Existenz der V. wird vielmehr vorausgesetzt. Der § 885 BGB. regelt nicht etwa die Entstehung der V., sondern er regelt nur die Voraussetzungen, unter denen sie eingetragen werden kann. Ein Recht, über dessen Entstehung das Gesetz schweigt, ist nicht möglich, weil jedes Recht nur kraft eines Befehls der Rechtsordnung entsteht. Eben deshalb, weil die V. kein Recht, sondern eine rechtserhebliche Tatsache ist, gebraucht das Gesetz, um eine Wirkung

[1] Indessen darf die Beweiskraft dieses — von Reichel S. 65 und Vervier S. 28 erwähnten — Arguments nicht überschätzt werden. Wenn § 886 BGB. von „Beseitigung der V." spricht, § 894 BGB. aber die „Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs", hier zur Löschung, erwähnt, so kann dieser Unterschied in der Ausdrucksweise auch darauf zurückzuführen sein, daß der Schuldner des Anspruchs nach § 886 BGB. positiv zur Beseitigung der V. verpflichtet ist, während der Schuldner des Berichtigungsanspruchs nach § 894 BGB. nur zur Zustimmung zu der Löschung verbunden ist. Da dieser Unterschied die verschiedene Ausdrucksweise der §§ 886 und 894 BGB. hinreichend motiviert, so kann daraus nicht der zwingende Schluß gezogen werden, daß das Gesetz für die V. eine andere Terminologie verwende als für Rechte. Nicht geteilt wird die eigenartige Deutung, die Bruck, Eigentümerhypothek S. 172 dem Ausdruck „Beseitigung der V." gibt.

der V. auszudrücken, die Wendungen: „Eintragung der V.“, „nach“ oder „durch“ Eintragung einer V.“ Wäre die V. ein Recht, das zur Entstehung der Intabulierung bedürfte, so wäre die Eintragung lediglich in der gesetzlichen Vorschrift zu behandeln, die von dem Entstehungstatbestand der V. spräche; es wäre aber schlechterdings unerklärlich, warum das Gesetz immer von der „eingetragenen V.“ oder von der „Eintragung der V.“ spricht. Bei der Hypothek, die doch regelmäßig ebenfalls zur Entstehung der Eintragung bedarf, ist dem Gesetz diese Ausdrucksweise fremd.

Daß der V. die Natur eines Rechts zukäme, widerspricht also mindestens dem Sprachgebrauch des Gesetzes. Bezeichnenderweise wird in der Literatur auch nur einmal der Versuch gemacht, die Rechtsnatur der V. aus dem Gesetzestext zu erweisen: Sekler § 13 III 1. S. 125 beruft sich auf § 887 BGB.: „Daß die V. ein „Recht“ ist, geht aus § 887 hervor: wenn die Voraussetzungen des § 1170 vorliegen, kann der Gläubiger, dessen Anspruch durch Eintragung einer V. gesichert ist, mit seinem Rechte präkludiert werden. Außer Streit ist, daß der obligatorische Anspruch durch das Verfahren nicht betroffen wird; die V. erlischt für sich allein. Daher kann mit dem terminus „Recht“ auch nichts anderes gemeint sein als die V.“ Hiegegen muß bemerkt werden, daß von einem „Erlöschen der V.“ weder im § 887 BGB. noch sonst im Gesetz die Rede ist; es erlischt lediglich die Wirkung der V., das will sagen: mit der Erlassung des Ausschlußurteils erlischt die Wirkung der V. und damit auch das V.-recht, da es seines markantesten Tatbestandsmerkmals, der V., beraubt ist. Allerdings besteht ja die V. trotz des Ausschlußurteils tat-

sächlich noch weiter, aber diese Tatsache des Fortbestehens der V. ist durch die Wirkung des Urteils rechtlich belanglos geworden, die V. kann nicht mehr als Tatbestandsmerkmal des V.-rechts fungieren und damit wird das V.-recht hinfällig. Das „Recht", mit dem der Anspruchsgläubiger ausgeschlossen werden kann, ist die günstige Rechtslage, die er kraft der anspruchsichernden Wirkung der V. genießt, d. h. das V.-recht, nicht aber die V. selbst[1].

Jedenfalls kann hier bereits festgestellt werden, daß die V. kein Recht ist; ob und gegebenenfalls was für ein Recht sie begründet, soll später untersucht werden. Da die V. kein Recht ist, so müssen alle die Wendungen als ungenau zurückgewiesen werden, die die V. mit Prädikaten bedenken, die nur einem Rechte zukommen; zu beanstanden sind daher Ausdrücke wie „Erwerb, Entstehung, Abtretung, Erlöschen, Untergang, Rang, Dinglichkeit, Konstruktion der V." Denn alle diese Prädikate eignen sich nicht für eine rechtserhebliche Tatsache.

Da die V. kein Recht ist, so ist es nicht völlig einwandfrei zu sagen, sie belaste ein Grundstück oder Grundstücksrecht, wie dies z. B. Dernburg, § 51, 4 S. 161, tut. Denn eine Belastung ist nach dem Sprachgebrauch des BGB. nur durch ein ding-

[1] Sekler ist zu seinem Irrtum wohl durch seine Wendung verführt worden „die V. erlischt"; die genaue Befolgung der gesetzlichen Ausdrucksweise hätte hievor bewahrt. Gegen dieses „völlig verfehlte" Argument Seklers wendet sich auch Vervier S. 26, der allerdings unglücklich genug das „Recht" im § 8871 BGB. zu verdeutlichen sucht als „das durch die V. gesicherte Recht", worunter doch nichts anders als der gesicherte Anspruch verstanden werden kann.

liches Recht möglich. Auch die Wendung, das Grundstück oder Grundstücksrecht sei durch die Eintragung der V. betroffen, unterliegt im Hinblick auf die Terminologie des BGB. und der GBO. Bedenken, da durch diesen Ausdruck immerhin die Vorstellung eines dinglichen Rechts erweckt werden könnte. Daß aber die V. eine dingliche Belastung mit einem Recht nicht begründen kann, wird überwiegend anerkannt; so Fuchs bei Gruchot Bd. 46 S. 561; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 529; Turnau-Förster § 883 II 4a S. 197; Achilles-Strecker S. 134 und 161; Prot. V 586; Cosack § 177 II 2d S. 26; u. A. Freilich muß zugegeben werden, daß die V., weil sie ihre Wirkungen teilweise auch gegen Dritte äußert, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich wie eine Belastung des Grundstücks oder Grundstücksrechtes wirken kann. So sehr daher betont werden muß, daß die V. rechtlich eine Belastung des Grundstücks nicht herbeiführt, so sehr ist dagegen darauf hinzuweisen, daß sie in ihrem wirtschaftlichen Effekt einer Belastung gleichkommt. Diese wirtschaftliche, nicht juristische Erwägung hat dazu geführt, die V. im § 439 II BGB. einer regelrechten Belastung gleichzustellen — eine Bestimmung, die übrigens mit aller Deutlichkeit beweist, daß der Gesetzesredaktor die V. nicht zu den Belastungen des Grundstücks gerechnet hat, vgl. Reichel S. 144. Die V. kann schon deswegen keine Belastung sein, weil sie zu dem Grundstück gar nicht einmal in einer unmittelbaren Beziehung steht; ihre Beziehung zum Grundstück wird erst durch ihren Schützling, den Anspruch, vermittelt: Die V. sichert den Anspruch, der sich seinerseits wieder auf das Grundstück bezieht. Um die Beziehung zwischen Grundstück und V. völlig ein-

wandfrei zu formulieren, müßte man sagen: „Das Grundstück, in Bezug worauf der Anspruch erhoben wird, zu dessen Sicherung eine V. im Grundbuch eingetragen ist.“ Daß die V. auf dem für das Grundstück bestimmten Grundbuchblatt eingetragen wird, begründet noch keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen Grundstück und V.; denn diese Stelle ist ausschließlich aus Zweckmäßigkeitsgründen für die V. bestimmt worden – vgl. darüber unten S. 34 –, es lassen sich deshalb rechtliche Schlüsse hieraus nicht ziehen. Da die V. wirtschaftlich sehr erhebliche Wirkungen auf das Grundstück ausübt, obwohl sie rechtlich nur in mittelbarer Beziehung zum Grundstück steht, so ist eine Bezeichnung wünschenswert, die diese Beziehung zum Ausdruck bringt. Die Literatur nimmt an Wendungen wie „das von der V. betroffene“ oder selbst „belastete Grundstück“ keinen Anstoß. Um jeden Anklang an die für dingliche Rechte übliche Terminologie zu vermeiden, wird der Ausdruck gebraucht werden: „Die V. belästige das Grundstück, das durch die Eintragung der V. belästigte Grundstück“ – eine zwar ungewöhnliche, aber kurze Bezeichnung für dieses etwas exzeptionelle Verhältnis zwischen Grundstück und V. Mit dieser Wendung soll zugleich angedeutet werden, daß die V. an der dinglichen Rechtslage des Grundstücks nichts ändert, daß sie kein Recht am Grundstück begründet, sondern allenfalls nur ein Vorzugsrecht in Ansehung des Grundstücks“, wie § 15 KO. eine verwandte Rechtsfigur bezeichnet; daneben mag dieser Ausdruck daran erinnern, daß die V. wirtschaftlich wie eine Belastung wirkt.

Die V. ist, wie oben gezeigt, ihrem Wesen nach ein Eintrag im Grundbuch. Von den normalen Ein-

trägen im Grundbuch unterscheidet sie sich aber durchaus und zwar dadurch, daß sie nicht ein dingliches Recht verlautbart. Das V.-recht, das mit der Eintragung der V. entsteht, ist kein dingliches Recht; und es wird auch durch die V. nicht verlautbart; dies zeigt sich darin, daß das V.-recht ohne die V. überhaupt nicht bestehen kann, daß es mit der Entfernung der V. aus dem Grundbuch erlischt. Ein Recht, das durch einen Eintrag im Grundbuch verlautbart wird, kann auch nach Löschung des Eintrags weiter bestehen: ein irrtümlich, d. h. trotz des Mangels der materiellrechtlichen Voraussetzungen gelöschtes Eigentums- oder Hypothekenrecht besteht weiter, wenn auch unter dem Damoklesschwert der §§ 892, 893 BGB. Die V. dagegen ist für das V.-recht nicht lediglich Verlautbarung oder nur Tatbestandsmerkmal für die Entstehung, nicht aber für das Bestehen des Rechts, wie die Eintragung einer Hypothek — sondern die V. ist Tatbestandsmerkmal für die Existenz des V.-rechts.

Trotzdem ist die Intabulierung einer V. eine „Eintragung" im technischen Sinn, nicht etwa ein bloßer „Vermerk" im Grundbuch. Das Gesetz kennt zwei Ausdrücke für die Schreibetätigkeit des Grundbuchbeamten: „Eintragen" und „vermerken". Voraussetzungen und Form der „Eintragung" sind in den §§ 13 ff. GBO. geregelt. Daneben kennt das Gesetz eine weniger formstrenge Art der Notierung im Grundbuch oder Hypothekenbrief, das „Vermerken", so z. B. §§ 1140, 1145 BGB., §§ 8, 21, 44, 46, 49 (hier „erkennbar machen"), 61, 62, 68, 97 GBO. Wie aus der Fassung des Gesetzes überall hervorgeht, ist die Intabulierung einer V. eine förmliche Eintragung, kein bloßer Vermerk. Die Regeln, die die GBO. für Eintragungen aufstellt, gelten

daher, und zwar nicht etwa analog, sondern unmittelbar auch für die Eintragung einer V.

Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das, was eingetragen wird, die V. und nicht etwa der Anspruch ist, den sie sichern soll. Trotzdem wird in der Literatur mit entwaffnender Selbstverständlichkeit vom „vorgemerkten Anspruch" geschrieben. Das Gesetz kennt nirgends einen „vorgemerkten Anspruch", es spricht stets von dem „durch Eintragung einer V. gesicherten Anspruch." Es scheint den Redaktoren des Gesetzbuches doch Bedenken erregt zu haben, einen „Anspruch" „eintragen" zu lassen, da doch nur dingliche Rechte für intabulierungsfähig erachtet wurden und von diesen die „obligatorischen Rechte", zu denen auch die Ansprüche gezählt wurden, streng geschieden werden sollten. Es ist zu bedauern, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes, die offenbar mehr Wert auf Genauigkeit als auf Wohlklang legt, in der Literatur nicht die wünschenswerte Beachtung und Nachahmung gefunden hat. So hat der „vorgemerkte Anspruch" im Verein mit dem „vorgemerkten Gläubiger" eine kaum bestrittene Herrschaft in der Literatur angetreten; insbesondere Cosack spricht § 177 mit eiserner Konsequenz von der „vorgemerkten Forderung", wo das Gesetz mit ebenso undurchbrochener Beharrlichkeit von dem „durch Eintragung einer V. gesicherten Anspruch" redet — vgl. §§ 883 ff., 1971 BGB.; §§ 24, 193 KO.; § 48 ZVG. Sogar in dem „Muster eines Grundbuchblattes" bei Cosack S. 888 ist unter Nr. 2 „Vorgemerkt die Forderung..." Auch Reichel operiert ausgiebig mit dem „vorgemerkten Anspruch", obgleich er S. 178 konstatiert: „Vorgemerkt wird im Grundbuch nichts, als Verbum für

die Tätigkeit des Grundbuchbeamten kennt das Gesetz nur „eingetragen“ [1].

Noch peinlicher ist es, vom „vorgemerkten Recht“ lesen zu müssen, worunter das Recht verstanden wird, auf dessen Bestellung der durch die V. gesicherte Anspruch gerichtet ist. Reichel S. 70 findet die Wendung „das vorgemerkte Recht“ kurz und bequem, aber ungenau — was ihn übrigens nicht hindert, S. 126 die um nichts bessere Fassung: „das gesicherte Recht“ zu gebrauchen; gegen die „vorgemerkte Hypothek“ wendet sich mit Recht Bongartz S. 38 und Endemann II S. 402 Anm. 15 unterscheidet klar die drei „Rechte“, deren mangelhafte Unterscheidung das Problem der V. so außerordentlich verwirrt hat:

a) der „vorgemerkte Anspruch“, womit gemeint ist der durch V. gesicherte Anspruch;
b) das erstrebte (= beanspruchte) Recht am Grundstück;
c) das „dingliche Warterecht aus der V.“, worunter das — allerdings nicht als dinglich anerkannte — V.-recht zu verstehen ist.

Die zurückgewiesenen Wendungen sind in den Folgen ihrer Ungenauigkeit geradezu verwirrend; wenn von einem „vorgemerkten Recht“ da gesprochen wird, wo erst ein Anspruch auf Bestellung eines Rechts vorliegt, so muß eine solche

[1] Letztere Behauptung geht übrigens zu weit, da die S. 13 zitierten Gesetzesstellen dem Grundbuchbeamten auch das „vermerken“ zur Pflicht machen; die Behauptung ist aber durchaus zutreffend, wenn sie mit der Einschränkung verstanden wird, daß das Gesetz keine Tätigkeit des Grundbuchbeamten kennt, die im „Vormerken“ bestände. Richtig auch Biermann S. 178.

durchaus unmotivierte Antezipation falsche Vorstellungen und unklare Begriffe zur Folge haben[1]. Als völlig unzulässig muß es aber bezeichnet werden, wenn aus den Wendungen „vorgemerkter Anspruch“ oder „vorgemerktes Recht“ entnommen wird, daß Anspruch oder Recht im Grundbuch eingetragen seien und wenn dann weiter argumentiert wird: Da das Grundbuch nur zur Aufnahme dinglicher Rechte bestimmt ist, so müßte man einen Bruch mit diesem „Fundamentalgrundsatz“ des Grundbuchrechts supponieren, wenn man die dingliche Natur des „vorgemerkten Rechts“ leugnen wollte; da ein derartiger Bruch mit dem Fundamentalgrundsatz des Grundbuchrechts den Absichten des Gesetzes nicht entsprechen könne, so müsse man der V. dinglichen Charakter zuerkennen. So argumentiert z. B. Othmer S. 60 und Vervier S. 11 und S. 14, ähnlich auch Biermann S. 178. Diese vielgebrauchte Schlußfolgerung lautet auf ihre einfachste Schlußform gebracht:

Propositio maior: In das Grundbuch werden nur dingliche Rechte eingetragen.
Propositio minor: Der vorgemerkte Anspruch ist in das Grundbuch eingetragen.
Conclusio: Also ist der vorgemerkte Anspruch ein dingliches Recht.

Die erste Prämisse des Schlusses ist falsch; es soll im folgenden ausgeführt werden, daß das Grundbuchrecht noch andere Einträge als ding-

[1] Etwas anders war die „vorgemerkte Hypothek“ des alten bayerischen Hypothekenrechts; dieser Ausdruck konnte deshalb zu keinen Mißverständnissen Anlaß geben, weil niemand dabei an eine bereits entstandene Hypothek dachte — man meinte damit eine vielleicht künftig entstehende — potentielle — Hypothek.

liche Rechte kennt; hier sei nur an den Konkurs- und Zwangsversteigerungsvermerk oder an ein Veräußerungsverbot erinnert. Ebenso ist die zweite Prämisse unhaltbar; denn eingetragen ist nicht der Anspruch, sondern die V. Die ganze Schlußfolgerung ruht somit auf zwei falschen Prämissen und ist daher wertlos.

Schon die Tatsache, daß dieses Argument in der Literatur hat Eingang finden können, beweist, wie sehr es irreführend ist, vom „vorgemerkten Anspruch" zu reden; das Gesetz spricht korrekt von „dem durch die Eintragung einer V. ins Grundbuch gesicherten Anspruch"; im folgenden soll kurz die Bezeichnung „gesicherter Anspruch" oder „vormerkungsweise gesicherter Anspruch" gebraucht werden.

Die im § 883 I BGB. aufgezählten Ansprüche, die das Privileg genießen, daß sie durch Eintragung einer V. gesichert werden können, sollen als „sicherungsfähige Ansprüche" bezeichnet werden.

Da diese Ansprüche in der Literatur so gut wie regelmäßig als „obligatorische Ansprüche" bezeichnet werden, so mag hier betont werden, daß diese Ausdrucksweise nur insoweit toleriert werden kann, als damit die jedem Anspruch wesentliche Richtung gegen eine Person hervorgehoben werden soll. Die sicherungsfähigen Ansprüche können nicht nur aus Obligationen, sondern aus allen möglichen Rechtsverhältnissen entstehen, aus Rechtsverhältnissen des Familien- oder Erbrechts, aus Anfechtungs- oder Rücktrittsrechten, aus Vermächtnissen, Auflagen, Delikten, ungerechtfertigter Bereicherung, oder aus gesetzlichen Vorschriften; unter letzteren seien erwähnt: § 648 BGB.; artt. 50, 119, 120 bayer. ÜG. z. BGB.; artt. 14, 89, 123, 164 VIII,

bay. AG. z. BGB. Nicht auf den Entstehungsgrund des Anspruchs, sondern allein auf seinen Inhalt kommt es bei der Frage an, ob der Anspruch der Sicherung durch eine V. fähig ist. So Sekler § 6 I 4 S. 37; Reichel S. 68; Turnau-Förster zu § 883 II 3 S. 193; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 292; Jäger zu § 24 Anm. 7 S. 196.

Die Rechtsänderung am Grundstück oder Grundstücksrecht, auf deren Herbeiführung der vormerkungsweise gesicherte Anspruch gerichtet ist, wird als „beanspruchte Rechtsänderung" bezeichnet werden. Besteht die beanspruchte Rechtsänderung, was die Regel bildet, in der Bestellung eines Rechts am Grundstück oder am Grundstücksrecht, so dient zur Bezeichnung dieses Rechts der Ausdruck: „beanspruchte Rechtsbestellung" oder: „beanspruchtes Recht". Reichel, Umschreibung S. 1 spricht kurz und treffend von der „unter V.-schutz beanspruchten Rechtsänderung". Vgl. auch Reichel S. 70.

Der Gläubiger des gesicherten Anspruchs soll als „gesicherter Gläubiger, vormerkungsweise gesicherter Anspruchsgläubiger" bezeichnet werden, da die üblichen Bezeichnungen „der eingetragene Gläubiger", „der Vorgemerkte" der gesetzlichen Terminologie nicht gerecht werden.

Die V. ist also kein Recht, sondern lediglich ein Eintrag im Grundbuch, „ein formeller Rechtsbehelf behufs künftiger dinglicher Verwirklichung des persönlichen Anspruchs (OLG. Dresden 9. IV. 06 im „Recht" XI Nr. 882). Die Frage nach dem Wesen oder nach der rechtlichen Natur der V. muß, bei korrekter Ausdrucksweise, als längst gelöst erachtet werden, oder vielmehr: ist niemals ein Problem gewesen. Das Problem der V. ist in die Frage zu kleiden: welches sind die Wirkungen der V., welche

Änderungen treten in der Rechtslage eines Anspruchsgläubigers dadurch ein, daß er zur Sicherung seines Anspruchs die Intabulierung einer V. erwirkt? Diese Frage soll zum Gegenstand der Untersuchung gemacht werden.

Der Gesetzgeber hat die Wirkungen der V. nicht einheitlich geregelt, sondern die sehr spärlichen Bestimmungen hierüber in mehrere Gesetze verstreut, die bei Gelegenheit der neuen Regelung des deutschen bürgerlichen Rechts geschaffen oder geändert wurden. Infolge dieser kasuistischen Regelung des Rechtsinstituts der V. sind verschiedene Ausgangspunkte gewählt worden, das Wesen dieses Rechtsinstituts zu erforschen. Man versuchte, die einzelnen Rechtssätze als Ausflüsse eines im Gesetz latenten Prinzips darzustellen und mit Hilfe einer so gewonnenen einheitlichen Konstruktion der V. alle Rätsel zu lösen; das Resultat war, daß sich die positiven Rechtssätze über die V. nur nach schwerer Verstümmelung in das Prokrustesbett der einheitlichen Konstruktion zwängen ließen. Andere Versuche gingen dahin, „aus den aus dem Gesetz zusammengetragenen Rechtssätzen auf die allgemeinen Sätze über die V. zu schließen und aus diesen wieder das Wesen der V. zu ergründen“ (Reichel S. 139); auch diese induktive Methode hat ebensowenig wie die deduktive zu einer Konstruktion der V. geführt; es wurden wohl Ähnlichkeiten, Verwandtschaften, Analogien festgestellt, aber keine Konstruktion gefunden, die auf alle Fragen eine Antwort gegeben hätte. In der folgenden Darstellung soll der Grundgedanke und der Zweck des Rechtsinstituts der V. zum Ausgangspunkt genommen werden; von diesem Gesichtswinkel aus soll unter Verzicht auf eine „Konstruktion der V.“ eine Lösung der verschiedenen Fragen versucht werden.

§ 2.

Der Grundgedanke des Rechtsinstituts der Vormerkung.

Der Gesetzgeber ist bei der Regelung des Rechtsinstituts der V. sehr sparsam zu Werke gegangen. Von den Wirkungen der V. handeln nur die folgenden Vorschriften:

§§ 883 II, III, 884, 888, 1971, 1990, 2016 BGB.;
§§ 24, 193, 221 KO.; § 48 ZVG.

Die übrigen Vorschriften, die die V. erwähnen, sind für die hier allein interessierende Frage nach den Wirkungen der V. von sehr geringem Wert; es handelt sich um folgende Rechtssätze:

§§ 439 II, 883 I, 1098 II, 1179 BGB.;
§ 14 KO.; §§ 18, 25, 76 GBO.; § 103, 123 FGG.;
§§ 895, 942 II, 984 II, 988 I ZPO.; endlich die §§ 11 II und 14 II des Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. VI. 1909. Endlich art. 4 des bayr. Gesetzes über die Güterzertrümmerung vom 13. Aug. 1910 — Ges.- und V.Bl. S. 627.

Die Ausbeute an Vorschriften über die Wirkungen der V. ist also sehr gering, so daß Endemann § 65, 2 S. 402 von einer „teilweise unfertigen gesetzlichen Ordnung" spricht; ähnlich beklagen sich Sekler § 13 S. 111, Du Chesne bei Lobe Bd. 5 S. 856 und Örtmann im ArchZivPrax. 21 S. 137 über die Lückenhaftigkeit des Gesetzes.

Der Mangel ist um so fühlbarer, als die üblichen Hilfsmittel zur Erläuterung und Ergänzung des Gesetzes fast sämtlich versagen.

Die Interpretation kann nur bei der äußersten Vorsicht zu sicheren Resultaten führen. Denn bei

aller Sorgfalt in der Ausdrucksweise sind doch einige Vorschriften (§§ 883 II, 888, 1971 BGB. und § 48 ZVG.) nicht absolut einwandfrei redigiert worden. Auch muß beachtet werden, daß die Gesetzgeber sich über die juristische Konstruktion der V. sehr wenig klar und noch weniger einig waren, so daß Endemann § 65 Anm. 8 S. 400 geradezu von einer „Unfertigkeit der begrifflichen Ausbildung des Rechtsinstituts der V." spricht, die in den Beratungen wie im Gesetz hervortrete. In der Tat lassen die Prot. III S. 112 keinen Zweifel darüber, daß von einer einheitlichen Auffassung der Gesetzesredaktoren keine Rede sein kann; vgl. Neumann in der JW. 1902 S. 454. Bei der Zersplitterung in den Ansichten der Redaktoren — vgl. auch Prot. III S. 740 ff. — kann aus dem Gesetzestext, in dem sie ihren Willen formuliert haben, ohne weitere unterstützende Indizien auf den Willen des Gesetzes kein sicherer Schluß gezogen werden.

Die Analogie versagt vollständig. Um die analoge Anwendung eines Rechtssatzes auf einen Tatbestand zu rechtfertigen, auf den dieser Rechtssatz unmittelbar nicht zutrifft, muß „erst die Gleichheit des Rechtsgedankens festgestellt werden" (Endemann I § 12 Anm. 13 S. 54). Diese Vorbedingung für die Zulässigkeit der Analogie kennzeichnet auch Crome I § 21 S. 107 treffend mit den Worten: „Die Hauptschwierigkeit bei der Entscheidung nach der Analogie liegt in der Auffindung der Ähnlichkeit des zur Beurteilung stehenden Verhältnisses mit einem andern, von der Rechtsordnung behandelten. Es muß der gleiche Grund der Anwendung einer bestimmten Rechtsvorschrift auf beide vorliegen. Zur analogen Anwendung eignen sich daher vorzugsweise solche Rechtssätze, welche auf einem allge-

meineren Grunde beruhen.“ Um also die analoge Anwendung irgend welcher Rechtssätze auf das Rechtsinstitut der V. zu rechtfertigen, muß erst festgestellt werden, daß in den beiden Fällen „Gleichheit des Rechtsgedankens“, „der gleiche Grund der Anwendung“ vorliegt. Solange aber der dem Rechtsinstitut der V. zu grunde liegende Rechtsgedanke und die Art und Weise seiner Durchführung selbst noch Gegenstand der Untersuchung sind, ist noch keine Basis für analoge Anwendung eines Rechtssatzes gegeben. Da in der gegenwärtigen Untersuchung der dem Rechtsinstitut zu grunde liegende Rechtsgedanke erst gefunden und erforscht werden soll, so müßte es als eine methodisch verfehlte Antezipation des Resultats erachtet werden, irgend welche Rechtssätze auf die V. per analogiam zu übertragen, bevor die Zulässigkeit der Analogie mit Sicherheit festgestellt ist.

Noch weniger als die Analogie erweist sich die Untersuchung darüber als fruchtbar, welche Rechtssätze vor der Geltung des BGB. das Rechtsinstitut der V. geregelt haben. Zunächst war das alte preussische Recht, das allein als Vorbild für sachenrechtliche Bestimmungen des BGB. in Frage kommen kann, gerade bei der Regelung der V. nicht eben klar und zweifelfrei; gestehen doch die Mot. III S. 238: „Die vorhandenen Dunkelheiten und Zweifel in dieser Lehre sind nicht völlig gehoben.“ Auch andere Stimmen bestätigen, daß das Rechtsinstitut der V.-en im alten preußischen Recht manche Unklarheiten in sich barg, vgl. Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 289; Oberneck § 50. 5 S. 448. Aber abgesehen davon, daß die Berufung auf das frühere Recht wegen der schon damals herrschenden Unklarheit wenig fördern kann, ist eine solche Be-

rufung schon deswegen verfehlt, weil das BGB. bei der Regelung des Rechtsinstituts völlig eigene Wege gegangen ist. Die V.-en des preußischen Rechts hatten die Funktionen zu erfüllen, die das BGB. auf V. und Widerspruch verteilt hat; schon hieraus ergibt sich, daß die V.en des preußischen Rechts mit der V. des BGB. wenig mehr als den Namen gemeinsam haben können. Auch ist aus den Berichten über die eingehende Beratung dieser Materie in der II. Kommission auch nicht die geringste Andeutung dafür zu entnehmen, daß das alte preußische Recht irgendwie zum Muster gedient hätte. Es ist demnach der Satz Endemanns § 65 Anm. 8 S. 400 zu billigen: „Die Berufung auf das bisherige Recht ist insofern unzulänglich, als die V. des BGB. nach Begriff, Inhalt, Anwendungsgebiet von der des bisherigen Rechts durchaus abweicht." Ähnlich äußern sich Reichel S. 63; Leske S. 382; Strecker S. 112; Stintzing im Recht 04, S. 321. Der enge Anschluß an das preußische Recht, wie ihn insbesondere Turnau-Förster aufrecht erhalten, kann daher nicht als besondere Gewähr für die Richtigkeit einer Ansicht erachtet werden; vgl. hiezu Meyers Rezension bei Lobe Bd. 1 S. 708 f. und Reichel S. 63.

Dagegen erweisen sich die Materialien des BGB. als außerordentlich geeignet, die Erkenntnis der dem Rechtsinstitut der V. zu grunde liegenden Rechtsgedanken zu fördern. Zwar sind die Materialien absolut unfruchtbar für die Behandlung der Frage, welcher juristischen Konstruktion über das Wesen der V. die Mitglieder der II. Kommission gehuldigt haben; aber sie bieten reichste Ausbeute für die Beantwortung der Frage, welche Zwecke mit der Einführung der V. in das BGB. verfolgt worden sind. Gerade diese Frage ist aber außer-

ordentlich wichtig, weil für die Aufnahme der V. ausschließlich praktische Gesichtspunkte, nicht aber theoretische Erwägungen maßgebend gewesen sind. Es ist merkwürdig genug, daß in der Literatur gerade bei der Behandlung der V. die sonst so beliebte Übung verlassen wird, sich bei den Materialien des Gesetzes Rat zu erholen.

Über den Wert der Gesetzesmaterialien und ihrer Verwertung bestehen keine Illusionen; es gilt von den Materialien, was das Reichsgericht in der Plenarentscheidung vom 15. Februar 1886, Bd. 16 S. 298 von den „Motiven" eines Gesetzes ausspricht:

> Der Inhalt solcher Motive eines Gesetzentwurfes wird bei der Auslegung des Gesetzes stets als wichtiges Mittel der Anregung in Betracht zu ziehen sein. Dieser Inhalt muß indessen stets auf seinen inneren Wert geprüft, und es dürfen die darin entwickelten Auffassungen nur dann gebilligt werden, wenn sich nach der Verwertung aller Mittel der Interpretation des Gesetzes ergibt, daß darin der Gesetzeswille richtig erfaßt sei.

Gesetz ist natürlich nur, was die gesetzgebenden Faktoren in der Form eines Gesetzes aussprechen, nicht aber, was sie dabei als Motiv geleitet hat; immerhin aber darf bis zum Beweis des Gegenteils angenommen werden, daß die Gesetzgeber, was sie gewollt, ausgesprochen und was sie ausgesprochen, gewollt haben. Die Motive und Ansichten der Gesetzgeber lassen sich aus den Materialien erkennen; stehen sie mit dem Wortlaut und dem Geist des Gesetzes nicht in Widerspruch, so kann, vorbehaltlich des Gegenbeweises, angenommen werden, daß

der Wille der Gesetzgeber auch der Wille des Gesetzes sei.

Aus den Materialien des BGB. ist das folgende bemerkenswert:

Der I. Entwurf hatte die Aufnahme eines Rechtsinstituts, der späteren V. entsprechend, abgelehnt; die „V." des I. Entwurfs ist das, was das BGB. „Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs" nennt. Die Erwägungen, die zur Ablehnung der V. führten, finden sich Mot. III S. 240 ff.:

> Eine V. zur Erhaltung von Ansprüchen auf Einräumung eines dinglichen Rechts ... oder auf Aufhebung eines eingetragenen Rechtes läßt der Entwurf nicht zu. Von seinem Standpunkt würde, da dem obligatorischen Anspruche im Wege des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung die Verwirklichung durch ein gerichtliches Veräußerungsverbot und dessen Eintragung gesichert werden kann, die Zulassung einer V. zu diesem Zwecke nur dann ein besonderes Rechtsinstitut schaffen, wenn durch dieselbe der Anspruch nicht bloß gegen Verfügungen des Verpflichteten, sondern hierüber hinaus, insbesondere auch für den Konkursfall, durch vorläufige d. h. unter der Bedingung der Liquidestellung wirksame Eintragung des Rechtes sicher gestellt würde. Einem solchen Institute stehen aber schwerwiegende Bedenken entgegen.
>
> Ein Anspruch auf Einräumung oder auf Aufhebung eines dinglichen Rechtes vermag seinen persönlichen Charakter dadurch nicht zu ändern, daß zu seinem Schutze eine Eintragung in das Grundbuch vorgenommen wird. Die Eintragung kann nur die Wirkung haben, daß sie ihren In-

halt zur Kenntnis derjenigen bringt, welche auf ein jenem Anspruche vorgreifendes Erwerbsgeschäft sich einlassen. Hieraus würde aber ein Hindernis der Erwerbung sich nur ergeben, wenn das Gesetz es positiv bestimmte . . . (Die Erwägungen, die für die V. zum Schutze persönlicher Rechte [d. h. Ansprüche!] sprechen sollen) laufen im Wesentlichen darauf hinaus, daß die obligatorischen Ansprüche auf Erwerbung und auf Aufhebung eines dinglichen Rechtes dadurch gefährdet sein sollen, daß sie nur durch Eintragung der Rechtsänderung verwirklicht werden können, die Eintragung aber, wenn sie von dem Verpflichteten nicht bewilligt wird, oft überhaupt nicht zu erlangen ist. Allein in Wahrheit ist die unmittelbare Ursache der Gefährdung nicht das Eintragungsprinzip, sondern der allgemeine Grundsatz, daß obligatorische Rechte [d. h. Ansprüche!] nur gegen den Verpflichteten wirken. Das Eintragungsprinzip hat hier gerade so wie das Traditionsprinzip für das Mobiliarrecht nur den Einfluß auf den Anspruch des Berechtigten, daß der Verpflichtete, wenn er über das ihm zugeschriebene Recht zu Gunsten eines Dritten verfügt, hiedurch sich außer Stande setzt, den zur Befriedigung des Anspruchs erforderlichen dinglichen Vertrag mit dem Gläubiger zu schließen. Im Gebiete des Mobilienrechtes aber hat derjenige, welcher sich nicht vertragsmäßig die Verwirklichung seines Rechts gesichert hat, nur den Schutz, den die Zivilprozeßordnung durch die Zulassung von Arresten und einstweiligen Verfügungen gewährt. Im Gebiete des Immobilienrechtes dagegen würde durch das Institut der V. ein besonderer Schutz geschaffen werden, aber nicht, weil die Gefahr der Rechts-

verletzung größer ist, sondern weil die Grundbucheinrichtung die Möglichkeit für diese Besonderheit bietet. Ein Bedürfnis hierfür aber ist nicht anzuerkennen. . . .

Diese ablehnende Stellung des I. Entwurfs fand nicht die Billigung der Kritik. Es seien hier die wegen ihres klaren Gedankenganges sehr bemerkenswerten Äußerungen Jakubezkys angeführt (S. 223, Bem. zu § 844):

> Der Entwurf läßt die Eintragung einer V. nur zu dem Zwecke zu, ein an dem Grundstücke bestehendes Rechtsverhältnis, mit welchem der Inhalt des Grundbuches nicht übereinstimmt, gegen die Gefahren zu schützen, welche demselben aus dem öffentlichen Glauben des Buches drohen. Forderungsrechte, welche das Grundstück oder ein eingetragenes Recht zum Gegenstand haben, insbesondere Ansprüche auf Eigentumsübertragung, werden nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches, sondern in gleicher Weise wie andere Forderungsrechte durch die Verfügungsmacht des Schuldners gefährdet und sollen gegen die daraus drohenden Gefahren ebenso wie andere Forderungsrechte nur durch ein . . . Veräußerungsverbot geschützt werden . . .

Die II. Kommission entschloß sich endlich, das Rechtsinstitut der V. in das Gesetz aufzunehmen. Die Bedenken gegen die Einführung der V. sind S. 113 der Prot. resümiert:

> Die V. erscheine innerlich nicht gerechtfertigt. Die Notwendigkeit des Widerspruchs zum Schutze bestehender Rechte ergebe sich daraus, daß die Grundbucheinrichtung die nicht ein-

getragenen dinglichen Rechte gefährde. Bei der V. treffe aber dieser Grund nicht zu. Der Gläubiger laufe bei dem Anspruch auf Einräumung eines Rechtes am Grundstück um deswillen Gefahr, weil dieser Anspruch nur ein persönlicher sei, der wie jeder andere persönliche Anspruch durch den bösen Willen des Schuldners oder besondere in seiner Person eintretende Umstände (Konkurs usw.) vereitelt werden könne. Zum Schutze dieser Rechte sei das Grundbuch nicht bestimmt . . . Für den Erwerb von Mobilien bestehe ein besonderer Schutz nicht und sei auch nicht möglich; es sei nicht abzusehen, weshalb für den Erwerb von Rechten an Grundstücken eine Ausnahme gemacht werden solle . . . .

Diesen Bedenken gegenüber nahm die Mehrheit folgenden Standpunkt ein (S. 114):

Daß ein dringendes Bedürfnis für die Zulassung der V. bestehe, lasse sich nicht ernstlich bezweifeln. . . . Es handle sich darum, aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gläubiger für seine persönlichen Forderungen einen durch die Grundbucheinrichtung ermöglichten Schutz zu gewähren. Die Benutzung des Grundbuchs zu derartigen provisorischen Sicherungen habe sich überall in Deutschland entwickelt, wo man das Grundbuch eingeführt habe, auch in denjenigen Territorien, in welchen man . . . ein jus ad rem gar nicht kenne. . . . Wenn ferner darauf hingewiesen sei, daß bei den gewöhnlichen obligatorischen Forderungen auch kein besonderer Schutz für die Realisierung derselben gewährt werde, so sei dabei übersehen, daß bei den gewöhnlichen Geldforderungen dem Gläubiger das ganze Vermögen

des Schuldners zur Befriedigung dienen könne, während er bei dem durch eine V. zu sichernden Anspruch eben nur das eine Grundstück zur Realisierung seiner Forderung habe[1]. Bei den Ansprüchen auf Erwerb von Rechten an Mobilien sei

[1]Dieser Satz enthält einen Irrtum oder mindestens eine grobe Ungenauigkeit: er stellt die sicherungsfähigen Ansprüche in Gegensatz zu den „gewöhnlichen Geldforderungen“ (die ihrerseits offenbar per synekdochen pars pro toto nur eine andere Wendung für die „gewöhnlichen obligatorischen Forderungen“ darstellen sollen; die letzteren werden in der hier gebrauchten Terminologie einfach „Ansprüche“ genannt). Der Unterschied zwischen sicherungsfähigen Ansprüchen und gewöhnlichen Ansprüchen soll darin bestehen, daß bei den sicherungsfähigen Ansprüchen dem Gläubiger nur das Grundstück (richtiger, da es sich auch um Grundstücksrechte handeln kann: der beanspruchte Gegenstand) hafte, während bei den gewöhnlichen Ansprüchen dem Gläubiger das ganze Vermögen des Schuldners verhaftet sei. Es besteht aber, soweit die Haftung und damit die Sicherheit des Anspruchs in Frage kommt, nicht der geringste Unterschied zwischen einem Anspruch auf Bestellung einer Hypothek und einem solchen auf Zahlung einer Geldsumme oder auf Leistung von Diensten. Bei jedem Anspruch, gleichviel welchen Inhalts, also auch bei den Ansprüchen aus dinglichen Rechtsverhältnissen, haftet dem Gläubiger lediglich das Vermögen des Schuldners und damit allerdings auch speziell der darin enthaltene beanspruchte Gegenstand. Allein diese Haftung des beanspruchten Gegenstandes ist etwas Sekundäres, denn sie hat zur Voraussetzung, daß er sich in dem primär für den Anspruch haftenden Vermögen des Schuldners befindet; darum erlischt die Haftung des beanspruchten Gegenstandes auch mit seinem Ausscheiden aus dem Vermögen des Schuldners. Auch gegenüber Ansprüchen aus dinglichen Rechtsverhältnissen kann der Schuldner die mittelbare Haftung eines Vermögensgegenstandes jederzeit dadurch aufheben, daß er den Gegenstand aus seinem Vermögen ausscheidet, ihn veräußert. Dies beweist am besten die Notwendigkeit, durch ein Veräußerungsverbot im Zwangsvollstreckungsverfahren auch für Ansprüche aus dinglichen Rechtsverhältnissen den Schuldner an einer Enthaftung irgend eines Vermögensgegenstandes zu verhindern. Verhaftet wird durch einen Anspruch einzig und allein die Person,

freilich ein Schutz nach Art der V. nicht vorhanden. Aber der Umstand, daß bei den Mobilien, für welche man eine dem Grundbuch entsprechende Einrichtung nicht habe, eine Sicherheit nicht gewährt werden könne, zwinge doch nicht dazu, den an sich für erforderlich erachteten Schutz auch bei den Immobilien, bei welchen sich dafür im Grundbuch ein Mittel biete, zu versagen.

Die Erwägungen, die de lege ferenda zur Aufnahme der V. in das BGB. führten, lassen sich in Übereinstimmung mit den angeführten Materialien in folgende Ausführungen zusammenfassen:

An und für sich wäre es wünschenswert, wenn es die Rechtsordnung erreichen könnte, daß ein ein-

---

d. h. heute, wo die Personalexekution keine Rolle mehr spielt, das Gesamtvermögen des Schuldners. Worauf der Anspruch gerichtet ist, ob auf Bestellung einer Hypothek, Zahlung einer Geldsumme, Erteilung von Unterricht, ist dabei völlig gleichgültig, der Anspruch kann stets aus dem Gesamtvermögen des Schuldners und zwar nur daraus befriedigt werden. Ist eine Befriedigung des Anspruchs nicht möglich, weil der beanspruchte Gegenstand (oder die Dienstleistung) sich nicht im Vermögen des Schuldners befindet, so tritt an Stelle des ursprünglichen Anspruchs als Surrogat der Anspruch auf das Interesse, das der Gläubiger an der Naturalbefriedigung gehabt hätte. Dem Gläubiger eines sicherungsfähigen Anspruchs haftet das Gesamtvermögen des Schuldners ebensogut wie dem Gläubiger eines Zahlungsanspruchs; der eine ist so gut und so schlecht gestellt wie der andere; der einzige Unterschied mag bestehen, daß der Gläubiger eines Anspruchs auf Leistung vertretbarer Sachen weniger Gefahr läuft, auf das Befriedigungssurrogat, Leistung des Interesses, verwiesen zu werden als der Gläubiger eines Individualanspruchs; denn eine Individualsache wird leichter aus dem schuldnerischen Vermögen auszuscheiden sein als eine vertretbare Sache — genus perire non potest. Mit der Schutzbedürftigkeit des Anspruchs hat dieser ausschließlich graduelle Unterschied nichts zu tun. Vgl. zu diesen Ausführungen Endemann II § 65 Vorbem. 1a S. 399.

mal begründeter Anspruch gleichviel welchen Inhalts auch tatsächlich verwirklicht werden muß. Es wäre damit ein idealer Grad von Rechtssicherheit erreicht. Allein die Durchführung des Gedankens, daß jeder Anspruch nicht nur in seinem rechtlichen Bestande, sondern auch in seiner tatsächlichen Verwirklichung unbedingt gesichert sein sollte, stößt auf unüberwindliche Hindernisse: die tatsächliche Realisierung eines Anspruchs kann verhindert werden durch bösen Willen oder Unvermögen des Anspruchschuldners, durch Unmöglichkeit, den Anspruch zu befriedigen, dadurch, daß der Gegenstand worauf sich der Anspruch bezieht, im Wege des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung aus dem der Verfügung des Anspruchsschuldners unterliegende Vermögen ausscheidet. Besonders gefährdet sind jedoch Ansprüche, die sich auf einen individuellen Gegenstand beziehen; denn bei ihnen ist, anders als bei Ansprüchen in Bezug auf vertretbare Sachen, beim Verlust des Gegenstandes, worauf sich der Anspruch bezieht, kein Ersatz möglich.

Die Ansprüche in Bezug auf einen individuell bestimmten Gegenstand, d. h. die Ansprüche auf Herbeiführung einer Rechtsänderung an diesem Gegenstand könnten nun dadurch gesichert werden, daß gegen jeden, der an dem beanspruchten Gegenstand ein dem Anspruch widerstrebendes Recht erlangte, dem Anspruchsgläubiger eine Art Anspruchsstörungsklage gegeben würde nach Analogie der Rechtstörungsklage; sie hätte das Ziel, den Inhaber des anspruchsfeindlichen Rechts zur Anerkennung des Anspruchs und demgemäß zur Preisgabe seines anspruchsfeindlichen Rechts zu nötigen: der Erwerber des anspruchsfeindlichen Rechts müßte den Anspruch des Anspruchsgläubigers gegen sich gelten

lassen. Auf diese Weise ließe sich wenigstens bei Ansprüchen auf eine individuell bestimmte Leistung ein Schutz gegen die Gefahr denken, die der Verwirklichung des Anspruchs daraus droht, daß der Anspruchsschuldner den beanspruchten Gegenstand durch Aussonderung aus seinem Vermögen seiner Verfügungsgewalt und damit auch dem Zugriff des Anspruchsgläubigers entziehen kann.

Eine solche Lösung dieses „Problems aller modernen Rechtsordnungen" (Crome II, § 376 Anm. 7) ist jedoch mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, ja Verkehrsmöglichkeit undurchführbar. Denn es müßte dann jeder Erwerber eines Rechts an einem Gegenstand befürchten, mit seinem Rechtserwerb einen ihm vielleicht völlig unbekannten Anspruch eines dritten Rechtsgenossen zu verletzen und müßte sich deshalb seinen Rechtserwerb von dem Inhaber des verletzten Anspruchs wieder entwinden lassen. Da man nun unmöglich wissen kann, ob nicht die Erwerbung eines Rechts an einem Gegenstande einem Anspruch, der sich auf diesen Gegenstand bezieht, widerstreiten möchte, so wäre jeder Rechtserwerb mit einer für den Verkehr unerträglichen Unsicherheit behaftet. Während also einerseits die Durchführung des Prinzips des absoluten Anspruchsschutzes ein Postulat der Rechtssicherheit ist, verlangt es die Verkehrssicherheit, auf die Grenzen menschlicher Erkenntnisfähigkeit Rücksicht zu nehmen. Der Gesetzgeber muß also zwischen zwei sich widersprechenden Prinzipien einen Mittelweg finden: einerseits soll die tatsächliche Realisierung womöglich aller Ansprüche sichergestellt werden, andererseits soll der Erwerb von Rechten mit der im Verkehr erforderlichen Sicherheit ausgestattet werden.

Nun wären diese beiden sich widersprechenden Grundsätze leicht zu versöhnen, wenn es gelänge, die in Beziehung auf einen Gegenstand erhobenen Ansprüche derart offenkundig zu machen, daß jeder Erwerber eines Rechtes an dem Gegenstand sich mit Sicherheit darüber unterrichten könnte, ob und welche Ansprüche in Beziehung auf den Gegenstand erhoben werden. Denn dann könnte jeder Interessent bei seiner Kalkulation den Anspruch als Faktor in seine Rechnung einführen und je nach dessen Art und Bedeutung sein Interesse an dem Gegenstand abwägen. Der Forderung der Verkehrssicherheit wäre damit Rechnung getragen, weil jeder Interessent von den geltend gemachten Ansprüchen unterrichtet wäre und sie deshalb berücksichtigen könnte. Unter der Voraussetzung also, daß sämtliche in Bezug auf einen Gegenstand erhobenen Ansprüche offenkundig gemacht werden können, fällt die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit als erfüllt weg und kann das Prinzip des absoluten Schutzes der offenkundig gemachten Ansprüche durchgeführt werden. Die Schwierigkeit liegt nur darin, ein Mittel zu finden, wie die auf einen Gegenstand erhobenen Ansprüche jedem Interessenten zuverlässig bekannt gemacht werden können: es muß dem Gegenstand selbst angesehen werden können, daß und welche Ansprüche darauf erhoben werden. Unter dieser Voraussetzung kann die Rechtsordnung an die Offenkundigkeit eines Anspruchs die Folge knüpfen, daß jeder Erwerber eines anspruchsfeindlichen Rechtes an dem Gegenstand den Anspruch gegen sich gelten lassen muß. Der dem preußischen Rechtsinstitut des jus ad rem (ALR. I 19 § 5, I 10 § 25) zu grunde liegende Gedanke, daß die Kenntnis eines fremden Anspruchs

beim Erwerb eines anspruchsfeindlichen Rechtes zur Respektierung des Anspruchs verpflichte, wäre dann dahin erweitert, daß nicht nur positive Kenntnis, sondern schon die — durch die Offenkundigkeit des Anspruchs herbeigeführte — Möglichkeit der Kenntnis von einem Anspruche zu dessen Respektierung verpflichte. Es müßten dann die Ansprüche derart offenkundig gemacht werden, daß jeder Interessent sich leicht und zuverlässig darüber informieren könnte.

Es ist ohne weiteres klar, daß im Mobiliarverkehr solche Notifikationsvorkehrungen für Ansprüche bei der unendlichen Anzahl der beweglichen Gegenstände und bei ihrem vielfach geringen Wert nicht möglich und auch gar nicht lohnend sind. Anders bei Grundstücken: ihre Anzahl ist stets begrenzt, auch stehen hier vielfach sehr erhebliche Werte in Frage. Schon deswegen erscheint es ebenso möglich wie wünschenswert, die in Bezug auf Grundstücke erhobenen Ansprüche offenkundig zu machen und sie in der dargelegten Weise zu schützen; es bietet sich aber auch noch ein ideales Mittel zur Publikation der in Beziehung auf ein Grundstück erhobenen Ansprüche in der Institution des Grundbuchs. Allerdings ist das Grundbuch zunächst nur dazu bestimmt, als „Erkenntnisquelle" (Ramdohr bei Gruchot Bd. 44 S. 352 ff.) für die dingliche Rechtslage des Grundstücks zu dienen; allein dadurch wird seine Verwendung zur Publikation von Ansprüchen nicht ausgeschlossen, es liegt darin nur eine Erweiterung seiner Funktionen. Da mit Sicherheit angenommen werden kann, daß jeder, der sich für ein Grundstück interessiert, sich zunächst durch Einsicht in das Grundbuch über die dingliche Rechtslage des Grundstücks unter-

richten wird, so ist damit eine genügende Gewähr dafür gegeben, daß er bei dieser Gelegenheit auch die dort verzeichneten Ansprüche kennen lernt, die in Beziehung auf das Grundstück erhoben werden. „Es wird von jedem Interessenten vorausgesetzt, daß er bei jedem Rechtsgeschäft über ein Recht an einem fremden Grundstück von dem Buchinhalte [worunter auch die darin verzeichneten Ansprüche fallen] Kenntnis nimmt" (Endemann II § 62 Anm. 2). Sollte ein Interessent das Grundbuch nicht einsehen und daher von den darin publizierten Ansprüchen nichts erfahren, so hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, eine derartige Fahrlässigkeit in Schutz zu nehmen; vigilantibus jura sunt scripta. Wenn die Rechtsordnung eine Erkenntnisquelle von der Genauigkeit, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs den Rechtsgenossen zur Verfügung stellt, so kann sie erwarten und verlangen, daß auch jeder den Nutzen dieser wohltätigen Einrichtung zu würdigen wisse, und kann an seine Nichtbenützung schädigende Folgen knüpfen, die darin bestehen, daß der Erwerber die Ansprüche gegen sich muß gelten lassen, deren Existenz er hätte erfahren können und sollen.

Aus den Materialien des Gesetzes läßt sich also als der Grundgedanke für das Rechtsinstitut der V. der Satz ableiten: Durch die V. wird ein Anspruch zur Kenntnis aller Interessenten gebracht; jeder Interessent muß den ihm bekannten oder jedenfalls nur infolge gröbster Fahrlässigkeit unbekannten Anspruch gegen sich gelten lassen. Es wird noch zu erweisen sein, daß diese Auffassung der Materialien mit dem Gesetze mindestens nicht in Widerspruch steht. Zunächst er-

geben sich aus dieser Auffassung des Rechtsinstituts der V. die nachstehenden Folgerungen:

Die V. bedeutet die Lösung eines Problems, das durchaus nicht etwa speziell auf das Sachenrecht oder gar auf das Immobiliarsachenrecht beschränkt ist: es handelt sich vielmehr um die auf sämtlichen Gebieten der Rechtsordnung gleich wichtige Frage, wie rechtlich begründete Ansprüche tatsächlich von dem Schicksal des Anspruchsschuldners unabhängig gemacht werden können, so daß der Anspruchsgläubiger möglichst sicher auch auf die tatsächliche Realisierung seines Anspruchs rechnen kann. Es handelt sich um Schutz des Anspruchs gegen die Gefahr, daß der Anspruchsschuldner seiner Befriedigungspflicht nicht nachkommen kann oder will; diese Gefahr droht allen Ansprüchen, welchen Inhalt sie auch haben mögen, nicht nur denen, die sich auf ein Grundstück beziehen. Allerdings bietet sich nur bei ihnen in der Intabulierung einer V. ein Mittel, diesen Gefahren wirksam zu begegnen; aber weil die Lösung des Problems nur für die Ansprüche gelungen ist, die sich auf unbewegliche Gegenstände beziehen, darf daraus nicht geschlossen werden, daß das Problem nur für diese Ansprüche existiere; sondern es kann daraus nur gefolgert werden, daß für alle anderen Ansprüche das Problem ihrer Sicherung noch der Lösung harrt; für diese Ansprüche wird der unentbehrlichste Schutz durch prozessuale Mittel, Arrest und einstweilige Verfügung, gewährt, während die V. einen viel wirksameren, rein privatrechtlichen Schutz gewährt.

Die V. ist nach der hier vertretenen Auffassung nichts anders als die Publikation eines in Beziehung auf ein Grundstück erhobenen Anspruches; ihre Aufgabe besteht im wesentlichen darin, die

Existenz des Anspruchs sämtlichen Interessenten zur Kenntnis zu bringen und ihnen dadurch zu bedeuten, daß sie, wenn sie ein anspruchsfeindliches Recht an dem Gegenstand erwürben, dem Anspruch gegenüber dieses Recht opfern müßten. Demnach kommt der V. die Rolle eines Warnungssignals zu. Mit dem Grundbuch steht dieses Warnungssignal nur in einer rein äußerlichen, nämlich ausschließlich örtlichen Beziehung; mit der ureigensten Aufgabe des Grundbuchs, die dingliche Rechtslage eines Grundstücks zu verlautbaren, hat die V. nicht das geringste zu tun. Es waren ausschließlich Zweckmäßigkeitserwägungen, die dazu geführt haben, als Publikationsorgan das Grundbuch zu benützen; denn es besteht die meiste Aussicht, daß die mit der V. beabsichtigte Warnung dann an die richtige Adresse gelangen werde, wenn sie im Grundbuch ausgesprochen ist. Allein es wäre durchaus möglich, wenn auch wenig zweckmäßig, die durch die V. verlautbarten Ansprüche in irgend einer andern Weise als durch Einschreiben ins Grundbuch offenkundig zu machen; man könnte auch die Zeitung, den Steuerkataster oder ein eigenes dafür anzulegendes Buch als Publikationsorgan benützen, ja es könnte der dem Rechtsinstitut der V. zu grunde liegende Gedanke auch in der Weise durchgeführt werden, daß die in Beziehung auf ein Grundstück erhobenen Ansprüche durch Inschrifttafeln auf dem Grundstück selbst verlautbart würden. Es mag daher mit aller Schärfe noch einmal festgestellt werden: mit der eigentlichen Mission des Grundbuchs, die dingliche Rechtslage des Grundstücks ersichtlich zu machen, hat die V. nichts zu tun; insoweit das Grundbuch die V. in sich aufnimmt, fungiert es nicht als Grundbuch,

sondern lediglich als Träger einer Mitteilung; die Aufnahme der V. in das Grundbuch ist kein Bruch mit dem Prinzip, daß nur dingliche Rechte in das Grundbuch eingetragen werden sollen, sondern eine Erweiterung der Funktionen des Grundbuchs, ein Nebenamt. Die V. steht mit dem Grundbuch in keiner organischen, sondern in einer rein und ausschließlich lokalen Verbindung, sie ist ein Fremdling im Grundbuch.

Daß dies die Auffassung der Redaktoren des des BGB. war, ergibt sich aus verschiedenen Wendungen der Vorarbeiten: Prot. III S. 113 ist ausgesprochen, daß das Grundbuch nicht bestimmt sei zum Schutz der Ansprüche auf Rechtsänderung; es solle mit der Einführung der V. ein durch die Grundbucheinrichtung ermöglichter Schutz für solche Ansprüche gewährt werden (S. 114), wie die Benutzung des Grundbuchs zu derartigen Sicherungen schon bisher üblich gewesen sei. Daß theoretische Bedenken gegen die V. bestünden, wird S. 114 nicht verkannt; doch trug das dringende Bedürfnis für die Zulassung der V. den Sieg davon über die theoretische Konsequenz. Aus den Protokollen ist, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, so doch stillschweigend geäußert die Erkenntnis der Redaktoren zu entnehmen, daß die Aufnahme der V. ins Grundbuch eine Anomalie darstelle, die aber durch das dringende Bedürfnis darnach geboten sei. Im Text des BGB. ist allerdings die von den Redaktoren klar erkannte Wesensverschiedenheit zwischen dem normalen Grundbucheintrag und der V. nur wenig ersichtlich gemacht worden; dies rechtfertigt aber noch nicht den Schluß, daß eine solche Wesensverschiedenheit nicht bestünde.

„Wer seinen Anspruch durch V. sichern läßt, hat den Schutz seines Rechtes im Auge. Zu diesem Zweck läßt er es [richtiger: ihn, nämlich den Anspruch] verlautbaren durch das Grundbuch als eine Warnung für Dritte: jeder, der eine dingliche Rechtsänderung an dem betreffenden Grundstücke vornehmen will, soll dies vorgemerkte Recht [soll heißen: den verlautbarten Anspruch] mit in Betracht ziehen, als ob es schon als dingliches Recht eingetragen wäre [soll heißen: als ob der Anspruch von ihm selbst befriedigt werden müßte]; versäumt er es, so tut er es auf eigene Gefahr hin" (Leyser, S. 18). Es stünde nichts im Wege, die durch Publikation des Anspruchs ermöglichte Sicherung allen Ansprüchen zu gewähren, die sich auf ein Grundstück beziehen: also nicht nur den Ansprüchen auf Rechtsänderung am Grundstück, sondern auf den Ansprüchen auf mietweise Überlassung eines Grundstücks, Ansprüchen auf käufliche Übertragung von Bestandteilen oder Zubehörstücken des Grundstücks oder Ansprüchen auf irgendwelche Benützung des Grundstücks, vgl. Prot. III S. 113. Aus Furcht vor einer Überlastung des Grundbuchs hat jedoch das Gesetz durch die positive Anordnung des § 883 I BGB. den Kreis der durch V. sicherbaren Ansprüche auf solche Ansprüche beschränkt, deren Befriedigung zu einer normalen Grundbucheintragung führen muß. Nicht im Wesen des Rechtsinstituts der V., sondern in einer positiven, durch Zweckmäßigkeitserwägungen gebotenen willkürlichen Anordnung des Gesetzes hat also die Tatsache ihren Grund, daß nur solche Ansprüche durch Eintragung einer V. gesichert werden können, die normalerweise zu einem Grundbucheintrag im eigentlichen Sinn führen. Diese

Tatsache könnte den Anschein erwecken, als sei die V. Vorläuferin eines „definitiven" Eintrags, als ob sie mit Wesensnotwendigkeit die Entstehung oder Veränderung eines eintragungsfähigen und eintragungsbedürftigen dinglichen Rechts vorbereiten und sichern müsse. Allein dem Grundgedanken des Rechtsinstituts der V. würde es in keiner Weise widersprechen, auch einen Anspruch auf mietweise Überlassung eines Grundstücks im Wege der V. zu sichern, obgleich das Mietrecht nicht intabuliert werden kann; die Tatsache, daß auf jede V. regelmäßig ein Grundbucheintrag im eigentlichen Sinn folgt, findet ihre Erklärung nicht in dem Wesen des Rechtsinstituts der V., sondern in der positiven gesetzlichen Vorschrift, die den Kreis der sicherungsfähigen Ansprüche auf solche Ansprüche beschränkt hat, die regelmäßig zu ihrer Befriedigung eines Eintrags im Grundbuch bedürfen.

Die durch Eintragung einer V. bewirkte Sicherung eines Anspruchs hat zur Folge, daß jeder Erwerber eines anspruchsfeindlichen Rechts dem Anspruch gegenüber weichen muß. Allein die sicherungsfähigen Ansprüche erfreuen sich der Gunst des Gesetzes derart, daß ihnen noch ein weiterer Schutz zugebilligt wird, der sich aus den vorstehenden Erwägungen allein nicht ableiten läßt; maßgebend für eine solche Bevorzugung der sicherungsfähigen Ansprüche war die Absicht der Gesetzgeber, den Immobiliarverkehr wegen seiner wirtschaftlichen Bedeutung auf eine möglichst sichere Grundlage zu stellen und ihn mit besonderen Kautelen auszustatten, die dem Mobiliarverkehr versagt blieben. Ob ein solcher weitgehender Schutz de lege ferenda gerechtfertigt sei,

ist hier nicht zu erörtern, vgl. Endemann II § 65 Anm. 9 S. 400. Jedenfalls muß mit der Tatsache gerechnet werden, daß der Gesetzgeber die sicherungsfähigen Ansprüche auch in hohem Maße für sicherungswürdig befunden hat. Deshalb werden die sicherungsfähigen Ansprüche nicht nur gegen bösen Willen und Unvermögen des Anspruchschuldners, sondern sogar gegen Nachteile geschützt, die ihnen die Rechtsordnung selbst androht. Den sicherungsfähigen und gesicherten Ansprüchen gegenüber suspendiert das Gesetz selbst seine eigenen Vorschriften, die für Ansprüche ganz allgemein eine Benachteiligung anordnen; hieher gehören die Vorschriften über den Schutz gesichteter Ansprüche im Konkurs, in der Zwangsversteigerung und im Fall der beschränkten Erbenhaftung. Es ist nicht absolut einwandfrei, die Bevorzugungen, die in diesen Fällen ein durch V. gesicherter Anspruch genießt, als „Wirkungen der V." zu bezeichnen; denn diese Fälle sind keine Konsequenzen aus dem dem Institut der V. zu grunde liegenden Rechtsgedanken, sondern sind singuläre Bestimmungen, die außerhalb des eigentlichen Wirkungskreises der V. stehen; die V. „wirkt" in diesen Fällen lediglich insofern, als sie einen Teil des Tatbestandes bildet, an den das Gesetz jene Ausnahmebestimmungen knüpft. Im Konkurs, in der Zwangsversteigerung und bei der beschränkten Erbenhaftung „wirkt" die V. lediglich durch ihre Existenz, in ihrem eigentlichen Wirkungskreis bewirkt sie Sicherung des Anspruchs gegenüber den Rechten dritter Personen. Trotzdem also in den erwähnten drei Fällen keine eigentlichen Wirkungen der V. vorliegen, sollen die darin enthaltenen „Ausnahmen von den normalen Bestimmungen

der Rechtsordnung“ (Reichel S. 159) dem üblichen Sprachgebrauch gemäß als Wirkungen der V. bezeichnet werden.

§ 3.

Der Zweck des Rechtsinstituts der Vormerkung.

Mit den Worten „zur Sicherung des Anspruchs“ bezeichnet das Gesetz selbst als den Zweck der Intabulierung einer V. die Sicherung eines [sicherungsfähigen] Anspruchs. Da, wie die Materialien erklären und die Literatur anerkennt, mit der Einführung des ganzen Rechtsinstituts ausschließlich praktische Rücksichten verfolgt worden sind, so ist es erforderlich, diesen Zweck der Sicherung einer genauen Betrachtung zu unterwerfen; denn nur dann, wenn festgestellt ist, wogegen und inwieweit der Anspruch gesichert werden soll, darf die Absicht des Gesetzgebers, sicherungsfähige Ansprüche zu privilegieren, als Interpretationsargument verwertet werden: diese Absicht des Gesetzgebers kann nur insoweit berücksichtigt werden, als sie unter Benützung aller zulässigen Interpretationsmittel aus dem Gesetze selbst hervorgeht. Der allzu häufige und allzu weitherzige Gebrauch des Arguments, der Gesetzgeber habe die in § 883 I BGB. aufgezählten Ansprüche schützen wollen, widerspricht bei dem anerkanntermaßen exzeptionellen Charakter des Rechtsinstituts dem Fundamentalsatze, daß singuläre Rechtssätze restriktiv zu interpretieren sind. Richtig bemerkt

Weigelt S. 14 „Andere als die ihr gesetzlich beigelegten Wirkungen hat die V. nicht". Ebenso Barth S. 35; Reichel Umschreibung S. 48, bei Anm. 1; Turnau-Förster § 883 II 4a S. 197.

Zur Klärung der für die Jnterpretation des Gesetzes außerordentlich wichtigen Frage nach dem Zweck des Rechtsinstituts der V. sind zwei Punkte zu prüfen:

1. gegen welche Gefahren sollen die Ansprüche gesichert werden;

2. in welcher Weise soll diese Sicherung erreicht werden.

1. Da Grundstücke und Rechte an Grundstücken keine vertretbare Sachen sind, so handelt es sich bei der V. stets um Sicherung von Ansprüchen auf eine individuelle Leistung. Dem Gläubiger eines solchen Anspruchs droht zunächst die Gefahr, daß der Gegenstand, worauf sein Anspruch sich bezieht, aus dem seinem Zugriff unterliegenden Vermögen des Anspruchsschuldners ausscheidet, mag der Gegenstand untergehen, mag der Anspruchsschuldner den Gegenstand freiwillig aus seinem Vermögen absondern, „darüber verfügen", oder mag diese Absonderung auf staatliche Anordnung hin zwangsweise erfolgen, „Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, u. s. w." Es sind dies die „Gefahren, welche sich für den Anspruchsberechtigten aus Umständen ergeben können, die unter den Gesichtspunkt des Unvermögens des Schuldners zur Leistung fallen" (Strohal S. 6). Wie Othmer S. 3 mit dem Hinweis auf die korrekte Fassung des § 229 BGB., Reichel S. 108 und Bongartz S. 11 mit Recht hervorheben, drohen diese Gefahren nicht so dem Anspruch selbst als vielmehr seiner Verwirklichung. Denn der einmal recht-

lich begründete Anspruch besteht fort ohne Rücksicht darauf, ob ihn der Anspruchsschuldner befriedigen kann und will; tut dies der Anspruchsschuldner nicht, so wird dadurch lediglich der wirtschaftliche Effekt vereitelt, den der Anspruch herbeiführen sollte. Die Gefahren, die dem Anspruchsgläubiger infolge des schuldnerischen Unvermögens drohen (vgl. auch Reichel S. 150 und Biermann S. 156), sollen als „wirtschaftliche Gefahren" bezeichnet werden.

Es gibt aber auch Gefahren, die dem Anspruch selbst, nicht seiner Verwirklichung drohen: wie der Anspruch nur durch die Rechtsordnung entsteht, so kann ihm auch die Rechtsordnung seine Wirkung ganz oder teilweise wieder entziehen: der Anspruch kann durch Einreden entkräftet, durch Zwangsvergleich auf eine Quote reduziert, durch die beschränkte Haftung des Erben ganz oder teilweise gegenstandslos werden. Diese Gefahren sind „innere Schäden des Anspruchs" (Reichel S. 129), ihnen ist nach dem Willen der Rechtsordnung jeder Anspruch unterworfen; sie sollen als „rechtliche Gefahren" bezeichnet werden; wie die wirtschaftlichen Gefahren der Verwirklichung, so drohen sie dem Bestand des Anspruchs[1].

Der Ausdruck des Gesetzes: „Sicherung des Anspruchs" deutet an, daß im § 883 BGB. mehr an

[1] In der bekannten Kontroverse wird der von Hölder im ArchZivPr. Bd. 93=1902 S. 69 eingenommene Standpunkt geteilt, daß durch eine peremptorische Einrede ein Anspruch nicht nur in seiner Wirkung gelähmt, sondern in seiner Existenz vernichtet wird; die gegenteilige Meinung kommt zu einem Anspruch, der noch existiert, aber keine Wirkungen äußert; in der Wirklichkeit existiert aber nur, was seine Existenz dadurch beweist, daß es „wirkt"; etwas „Wirkliches", das keine Wirkungen äußert, ist ein leeres Phantom.

die Sicherung des ökonomischen Resultats als an den Schutz der rechtlichen Integrität des Anspruchs gedacht ist. Tatsächlich statuiert auch § 883 BGB. eine Sicherung gegen die wirtschaftlichen Gefahren, während der Schutz gegen die rechtlichen Gefahren den Einzelbestimmungen der §§ 24 KO.; 48 ZwVG.; 884 BGB. vorbehalten ist. Es ist nun allgemein anerkannt, daß die im § 883 II BGB. statuierte Sicherungswirkung der V. als ihre eigentlichste, wesentlichste Wirkung zu betrachten ist: Reichel S. 160 nennt sie die „prinzipale Wirkung" der V., Kober § 883 V 1 „Hauptwirkung", Vervier S. 42 „das Fundamentalprinzip". Da das Bedürfnis besteht, auch terminologisch zwei Klassen von Wirkungen der V. zu unterscheiden, so sollen die Wirkungen, vermöge derer die V. die wirtschaftliche Verwirklichung eines Anspruchs sichert, als essentielle Wirkungen, die Wirkungen dagegen, vermöge derer die V. den rechtlichen Bestand eines Anspruchs schützt, als akzidentielle Wirkungen der V. bezeichnet werden.

Die mehr oder weniger bewußte Erkenntnis, daß die V. zwei, ihrem Wesen nach verschiedene, Klassen von Wirkungen hat, hat zu einer Reihe von Versuchen geführt, diesen Unterschied zu formulieren. Reichel S. 107/8 unterscheidet zwischen „anspruchstützenden" und „einredenentkräftenden" Wirkungen der V.; der erste Ausdruck für die essentiellen Wirkungen der V. ist wenig treffend: nicht der Anspruch wird gestützt, sondern seine Verwirklichung gesichert; der zweite Ausdruck, für die akzidentiellen Wirkungen der V., ist zu eng, weil er auf die Fälle § 24 KO. und § 48 ZwVG. nicht paßt; außerdem stünde nichts im Wege, einen Rechtsbehelf, der eine gegen den Anspruch gerichtete

Einrede entkräftet, als Stütze des Anspruchs zu bezeichnen. S. 129 unterscheidet Reichel zwischen Offensivwirkungen (§§ 884 BGB., 24 KO., 193 KO.; 1971 BGB.) und Defensivwirkungen der V.; auch diese Unterscheidung trifft nicht den Kern der Sache; denn jede Wirkung der V. ist zugleich defensiv und offensiv: defensiv insoferne sie das Interesse des gesicherten Anspruchsgläubigers wahrnimmt, offensiv insoferne sie den allgemeinen Regeln der Rechtsordnung gegenüber eine Ausnahme erzwingt. Aus analogen Gründen dürfte Verviers Unterscheidung von positiven und negativen Wirkungen der V. wenig fördern.

Der Unterschied zwischen den essentiellen und den akzidentiellen Wirkungen der V. ist darin zu finden, daß die ersteren die notwendigen Folgen aus dem dem Institut zu grunde liegenden Rechtsgedanken sind, während die letzteren wegfallen könnten, ohne daß deshalb das Rechtsinstitut mit fallen mußte. Wenn die Prot. III S. 112 berichten, Einstimmigkeit habe darüber geherrscht, daß die V. im Konkurs ihre Wirksamkeit behalten müsse, so ist damit stillschweigend vorausgesetzt, daß die konkursrechtlichen Wirkungen der V. lediglich auf positiver Anordnung des Gesetzes beruhen und daher auch weggelassen werden könnten, ohne daß damit das Rechtsinstitut der V. in Frage gestellt würde.

2. Die Art und Weise, wie die Ansprüche gesichert oder geschützt werden können, muß sich der Art und Weise anpassen, wie der Anspruch gefährdet wird: wie der Angriff, so die Abwehr.

Die wirtschaftlichen Gefahren beruhen darauf, daß die Befriedigung des Anspruchs vom guten Willen und von der Fähigkeit des Anspruchsschuld-

ners abhängt. Achilles, bei Johow VIII S. 325 zählt zwei Möglichkeiten auf, diesen Gefahren zu begegnen:

a) entweder man legt dem obligatorischen Anspruch Rechtswirkung gegen Dritte bei, geht aber hierüber nicht hinaus;
b) oder man gibt dem Anspruch unter der Voraussetzung künftiger Liquidestellung die Wirkungen des dinglichen, eingetragenen Rechts.

Leyser S. 38 erwähnt eine weitere Möglichkeit:

c) der Dritte muß in den Anspruch als Anspruchsschuldner eintreten: mit dem Erwerb des belästigten Gegenstandes wird der Erwerber Anspruchsschuldner; der „Anspruch würde gegen Dritte übergeleitet" (Endemann II § 65) nach Art einer obligatio in rem scripta.

Es gibt aber de lege ferenda noch weitere Möglichkeiten:

d) der Gläubiger des gesicherten Anspruchs kann jeden anspruchsfeindlichen Rechtserwerb durch Anfechtung reszindieren, analog dem Anfechtungsrecht des Konkursverwalters;
e) der belästigte Gegenstand kann durch ein Verfügungsverbot gegen den Anspruchsschuldner dem Anspruchsgläubiger gewahrt bleiben;
f) dem Anspruchsschuldner wird im Wege der Fiktion der Möglichkeit gewahrt, den Anspruch zu befriedigen.

Welche Möglichkeit das Gesetz gewählt habe, wird unten untersucht werden.

Für den Schutz gegen die rechtlichen Gefahren ist nur ein einziger Weg gegeben: Da diese Gefahren durch die Rechtsordnung für den Anspruch heraufbeschworen werden, so muß von den allge-

meinen Vorschriften der Rechtsordnung für die als schutzwürdig erachteten Ansprüche eine Ausnahme statuiert werden, indem das Gesetz den jeweils Gefahr drohenden Rechtssatz suspendiert, sobald er sich gegen einen geschützten Anspruch richtet. Die akzidentiellen Wirkungen der V. sind somit als positivrechtliche Ausnahmen von den allgemeinen Rechtssätzen zu betrachten.

Die V. erfüllt zwei getrennte Funktionen: Sichecherung der Verwirklichung des Anspruchs, gerichtet gegen bösen Willen oder Unfähigkeit des Anspruchsschuldners; und Schutz des Bestandes des Anspruchs gerichtet gegen die allgemeinen Rechtssätze. Aus der Verschiedenheit dieser Funktionen folgt, daß eine einheitliche Erklärung sämtlicher Rechtsphänomene in dem Sinne nicht möglich ist, daß sie zu einer „Konstruktion der V." zusammengefaßt würden. Wenn Biermann S. 183 als Wortführer der gemeinen Meinung bemerkt: „Es läßt sich schlechterdings nicht verkennen, daß die Wirkungen der V. von einem durchaus einheitlichen gesetzgeberischen Gedanken beherrscht werden. Sie sind sämtlich Ausfluß eines und desselben Prinzips, eines Prinzips, das durch den Zweck der V. bestimmt wird. Zweck der V. ist die Sicherung der im § 883 genannten Ansprüche," so kann das nur zum Teil als richtig anerkannt werden. Denn das positive Recht kennt als Zweck der V. nicht nur die wirtschaftliche Sicherung, woran Biermann S. 183 allein denkt, sondern auch den rechtlichen Schutz. Der einheitliche gesetzgeberische Gedanke, von dem die beiden Klassen von Wirkungen der V. beherrscht werden, läßt sich nur formulieren als das Wohlwollen gegenüber dem Gläubiger eines sicherungsfähigen Anspruchs; als Basis einer einheitlichen

Konstruktion ist aber dieses Wohlwollen des Gesetzgebers völlig unbrauchbar. Nicht ausgeschlossen ist es, daß die essentiellen Wirkungen der V. für sich eine einheitliche Erklärung zulassen; für die rein kasuistisch geregelten akzidentiellen Wirkungen der V. läßt sich dagegen eine einheitliche Konstruktion nicht finden. Völlig unmöglich ist es aber, für die sämtlichen Rechtswirkungen der V. ein einheitliches und genügend bestimmtes Prinzip zu finden.

Aus den beiden heterogenen Funktionen der V. erklärt sich auch die Tatsache, daß das Gesetz die Wirkungen der V. nicht in einem zusammenhängenden Komplex von Vorschriften, sondern kasuistisch geregelt hat. § 883 BGB. sichert zunächst den Anspruch gegen die wirtschaftlichen Gefahren, indem er anspruchsfeindliche Verfügungen für relativ unwirksam erklärt; den rechtlichen Gefahren begegnet das Gesetz durch Einzelbestimmungen: § 884 BGB. schließt die Einrede der beschränkten Erbenhaftung aus, § 24 KO. verhindert das Zusammenschrumpfen auf die Konkursquote, § 193 KO. schließt die Einrede des Zwangsvergleichs aus, § 1971 BGB. schützt gegen den Rechtsverlust durch Aufgebot der Nachlaßgläubiger und schützt damit zugleich gegen die aufschiebenden Einreden des Erben nach § 2014 5 BGB.

Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber eine allgemeine Vorschrift zum Schutz und zur Sicherung sicherungsfähiger Ansprüche nicht gegeben, vielmehr gegen jede Art von Gefahren eine besondere Art der Abwehr angeordnet hat, ergibt sich die folgende, bereits S. 42/3 erwähnte Interpretationsregel: wenn dem Anspruch eine Gefahr droht, gegen die das Gesetz nicht ausdrücklich eine Abwehr statuiert

hat, so darf die gegen die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Gefahren getroffene Schutzmaßregel nicht ohne weiteres auf die vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Gefahr angewendet werden: die Ausdehnung der Abwehrvorschriften auf einen vom Gesetz nicht unmittelbar getroffenen Fall bedarf stets eingehender Begründung, die nicht durch den Hinweis auf einen allgemeinen, unbestimmten Schutzwillen des Gesetzgebers ersetzt werden kann. Gegenüber der in der Literatur hervortretenden Neigung zur extensiven Interpretation muß daran festgehalten werden, daß ohne zwingende Gegengründe dem Anspruch nur Schutz gegen die im Gesetz vorgesehenen Gefahren, nicht aber gegen alle Gefahren gewährt werden darf.

Es sei hier anhangsweise einer Lehre gedacht, die ihre Erhebung zur communis opinio wohl mehr der oftmaligen Wiederholung als der genauen Überprüfung verdankt: es ist dies der Satz: „Die V. soll die Gefahren beseitigen, die das Eintragungs- und Publizitätsprinzip für die gedachten [nämlich die sicherungsfähigen] Ansprüche mit sich bringt" (Othmer S. 2). Ebenso Leske S. 382; Leyser S. 35; Vervier S. 1; Barth S. 31; Kober § 883 Anm. I 3a; Achilles-Strecker S. 25; Turnau-Förster § 883 Anm. I S. 185, § 885 Anm. II 2 S. 213; Oberneck § 50, 1 S. 431; Predari S. 199 § 8; Bendix im Recht 02 S. 505 6; OLG. Jena i. ZS. 29. IV. 1901 Rspr. 3. 99; Kammergericht i. ZS. 11. XII. 1902 Rspr. 5 390; Crome § 376 S. 175; Reichel S. 166; Priester im Arch. Bürg. R. Bd. 22 S. 165, 170; Güthe Bem. II Nr. 9 zu § 25.

Diese weitverbreitete Ansicht dürfte ihren Ursprung in einer Bemerkung der Protokolle, Bd. III S. 115 haben, die lautet:

> Endlich sei ... vorgeschlagen, die V. [soll heißen: die Eintragung einer V.] ... davon abhängig zu machen, daß wie beim Arreste nicht nur der Anspruch selbst, sondern auch eine besondere Gefährdung desselben glaubhaft gemacht werde. Diese Gefährdung sei aber in allen in Betracht kommenden Fällen durch die Einrichtung des Grundbuchs gegeben, welche es dem Schuldner ermögliche, das Grundstück zu jeder Zeit und ohne daß der Gläubiger davon vorher Kenntnis erlange, an einen Dritten zu veräußern oder es zu belasten. Den Nachweis einer weiteren besonderen Gefahr könne man dem Gläubiger nicht zumuten ....

Die hierin vertretene Ansicht hat auch wirklich zu der Bestimmung des § 885 I a. E. BGB. geführt, die die Eintragung einer V. auf grund einer einstweiligen Verfügung gestattet, ohne daß eine Gefährdung des Anspruchs glaubhaft gemacht würde.

Diese Auffassung beruht auf einem Fehler, der schon in den Motiven, Bd. III S. 241 zurückgewiesen ist. Die Gefährdung eines Anspruchs beruht weder auf dem Eintragungs-, noch auf dem Publizitätsprinzip, sondern darauf, daß jeder Anspruch sich nur gegen eine Person richtet, daß diese Person aber kraft ihrer Verfügungsmacht über den beanspruchten Gegenstand auch in anspruchswidriger Weise verfügen und dadurch die Verwirklichung des Anspruchs unter Umständen hintertreiben kann. Durch das Publizitätsprinzip können überhaupt nur dingliche Rechte gefährdet werden; da ein Anspruch niemals ein dingliches Recht begründet, so ist nicht einzusehen, wie das Publizitätsprinzip dem Anspruch sollte gefährlich werden können. Auch die Tat-

sache, daß die in dem bösen Willen oder der Unfähigkeit des Anspruchsschuldners liegende Gefahr den Ansprüchen in Beziehung auf Mobilien ebenso droht wie denen in Beziehung auf Immobilien, erweist zur Genüge, daß das Eintragungsprinzip an dieser Gefahr nicht schuld sein kann. Falsch ist auch die beliebte Wendung: die V. schütze gegen die Gefahr, die daraus entstehe, daß der Anspruchsschuldner jederzeit die sich aus dem Grundbuch ergebende Legitimation zu einer anspruchswidrigen Verfügung mißbrauchen könnte. Die Möglichkeit eines solchen Mißbrauchs wird nicht durch die Grundbuchslegitimation, sondern durch die Verfügungsmacht geboten, die beide nicht einmal zusammenfallen müssen: der noch nicht eingetragene Erbe kann kraft seiner Verfügungsmacht über den belästigten Gegenstand sich desselben Mißbrauchs schuldig machen. Es sei daher mit allem Nachdruck festgestellt, daß das Rechtsinstitut der V. mit dem Eintragungs- oder Publizitätsprinzip nicht das geringste zu tun hat. So richtig Sekler § 1 S. 2f; Endemann II § 65 Anm. 38 S. 412; das Beispiel, mit dem Reichel (Umschreibung, S. 14 ff.) die hier geteilte Meinung Seklers widerlegen will, trifft aus zwei Gründen nicht zu: den dort erwähnten Schutz gegen das Publizitätsprinzip gewährt nicht die V., sondern, wie S. 17 sehr richtig angegeben ist, die (von Reichel sog., vgl. Vorwort!) „Umschreibung" der V.; ferner ist die ganze Argumentation darauf gestützt, daß für die V. § 893 BGB. anwendbar sei, was vielfach — und auch hier — bestritten ist.

Daß die V. mit dem Publizitätsprinzip in Verbindung gebracht worden ist, mag sich auch mit folgender Überlegung erklären: Das Publizitäts-

prinzip besagt: Durch das Grundbuch wird die dingliche Rechtslage des Grundstücks zur allgemeinen Kenntnis gebracht, publiziert; wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr die wahre Rechtslage des Grundstücks nicht kennt, kann sich auf die Richtigkeit des Grundbuchs verlassen. Dem Rechtsinstitut der V. liegt der Gedanke zu grunde: Durch die V. wird der Anspruch publiziert; jeder Erwerber, der den Anspruch kannte oder — vermöge seiner Publizierung — hätte kennen müssen, muß den Anspruch gegen sich gelten lassen. Beide Gedankengänge haben das Moment der Publikation gemeinsam und weisen damit eine, allerdings rein äußerliche Verwandschaft auf, die möglicherweise zu einer voreiligen Identifizierung geführt hat. In diesem Sinn sind wohl die Ausführungen Reichels S. 116 zu verstehen: „Der gute Glaube des Grundbuchs erstreckt sich zwar nicht auf den Bestand des Anspruches, wohl aber auf die in der Eintragung der V. liegende Verfügungsbeschränkung. Also muß der Erwerber die V. gegen sich gelten lassen"; ähnlich auch S. 153: „Die dingliche Wirksamkeit der eingetragenen V. besteht in einer vermöge der publica fides tabulae auch gegen den Dritten geltenden Verfügungsbeschränkung des Betroffenen". Ebenso müssen die Äußerungen Endemanns aufgefaßt werden (§ 65. 2 a): Die V. sei ein Grundbuchvermerk, durch den die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs „der Publizitätswirkung des Grundbuchs unterstellt" würde; ferner (Anm. 57 zu § 65): das Gesetz habe . . . den Anspruch für eintragungsfähig erklärt und insoweit „an der Publizitätswirkung des Grundbuchs beteiligt". Von der publica fides tabulae oder der Publizitätswirkung spricht man aber üblicherweise nur dort, wo die Publikation im

Interesse dessen wirkt, an den sie sich richtet. Wo jedoch die Publikation, wie beim Rechtsinstitut der V., einen Nachteil für den Adressaten, nämlich die Pflicht zur Respektierung des fremden Anspruchs, begründet, kann vom Schutz des guten Glaubens keine Rede sein und es werden deshalb auch die Ausdrücke publica fides tabulae und Publizitätswirkung zur Vermeidung von Mißverständnissen besser nicht gebraucht.

Auch hat es nicht eben zur Klärung der Sachlage beigetragen, daß der Widerspruch, der zum Schutze gegen die Gefahren des Publizitätsprinzips dient, mit der V., die zum Schutze gegen die Gefahren des schuldnerischen Unvermögens dient, oft und gerne unter dem gemeinsamen Namen „vorläufige Eintragungen" zusammengefaßt wird; auch das Gesetz faßt die beiden Institute § 895 ZPO., § 48 ZwVG. etwas summarisch zusammen. Eine Ähnlichkeit zwischen beiden besteht indessen ausschließlich im Punkte der Eintragungsformalien. Im Wesen verhält sich der Widerspruch zur V. wie das dingliche Recht zum Anspruch, die beiden schließen sich daher aus „wie Tag und Nacht" (Reichel S. 67 Anm. 1.). Es ist daher unmöglich, daß in einem bestimmten Fall statt eines Widerspruchs ebensogut eine V. könnte eingetragen werden, wie dies Biermann S. 141 und Endemann II § 65 Anm. 24 S. 407 annehmen. Wenn auch die Protestationen des preußischen Rechts noch die beiden heterogenen Elemente vereinigten, so hat doch der von Reichel S. 62 gerühmte Antrag in der II. Kommission (Prot. III S. 107 ff.) die Erkenntnis gebracht, daß es sich im preußischen Recht um die ungerechtfertigte Verklitterung von zwei Instituten gehandelt hatte, die ihrem Wesen nach durchaus

verschieden sind. Die große Tat des BGB., die scharfe begriffliche Scheidung zwischen dinglichem Recht und Anspruch, hat auch auf diesem Gebiet Klarheit gebracht und zu der Erkenntnis verholfen, daß der Widerspruch dingliche Rechte, die V. aber Ansprüche schützt. In diesem Sinne dürfte der schwer verständliche Satz Othmers S. 24 zu deuten sein: „Grund des Widerspruchs ist die Herbeiführung einer sachenrechtlichen Rechtsstellung; Grund der V. ist die Herbeiführung einer lediglich obligatorischen Rechtsposition". Die Bedenken, die Dernburg, Sachenrecht § 50 S. 158 und Strohal in der Augustnummer der Leipziger Zeitschrift 1909 gegen die scharfe Unterscheidung zwischen dinglichem Recht und Anspruch hegen, werden hier nicht geteilt. So auch Endemann II § 65 Anm. 8 S. 400.

§ 4.

Die Vormerkung als Eintrag im Grundbuch.

Wie bereits S. 12/3 erwähnt wurde, ist die V. ihrem Wesen nach ein Eintrag im Grundbuch; sie ist aber kein normaler Eintrag, kein „Eintrag im eminenten Sinn" (Reichel S. 65), denn sie verlautbart kein dingliches Recht; die Eintragung einer V. konstituiert kein dingliches Recht, denn das mit der Eintragung der V. entstehende „Vormerkungsrecht" ist kein Recht im Sinne der Grundbuchrechtsordnung, sondern lediglich der zusammenfassende Ausdruck für die Summe der Befugnisse des gesicherten Anspruchsgläubigers; die eingetragene V. deklariert aber auch kein dingliches Recht, denn sie publiziert lediglich den Anspruch, zu

dessen Sicherung und Schutz sie bestimmt ist; dieser Anspruch aber ist ebenfalls kein Recht im Sinne der Grundbuchrechtsordnung. Von den normalen Einträgen, die konstitutiv oder deklarativ ein Recht am Grundstück verlautbaren, unterscheidet sich also die V. in einem sehr wesentlichen Punkte.

Andererseits wieder läßt der Wortlaut des Gesetzes keinen Zweifel darüber, daß die Intabulierung einer V. eine Eintragung im technischen Sinn, keinen bloßen Vermerk darstellt; vgl. Reichel S. 65 und oben S. 13. Der scheinbare Widerspruch verschwindet mit der Feststellung der Tatsache, daß das Grundbuchrecht „Eintragungen" kennt, die kein Recht am Grundstück verlautbaren; es sind dies die folgenden Eintragungen: der relativen Verfügungsbeschränkung und des Veräußerungsverbotes, deren Eintragbarkeit in den §§ 892 I und 888 II BGB. stillschweigend anerkannt ist; des Konkursvermerks nach § 113 KO.; des Zwangsversteigerungsvermerks nach § 19 ZwVG.; der Nacherbschaft nach § 52 GO.; der Streitbefangenheit (über deren Zulässigkeit vgl. Reichel S. 110); der Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO.; der Vereinbarungen nach § 1010 BGB.; eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs; einer V. Vgl. Reichel S. 139 f.

Die meisten dieser Eintragungen werden von der Literatur mehr oder weniger gewaltsam unter die Begriffe der Belastung des Grundstücks oder des Veräußerungs- oder Verfügungsverbotes gebracht - vgl. Kretschmar im „Recht" VI - 1902 S. 225. Allen diesen Eintragungen liegt ein gemeinschaftlicher Gedanke zu grunde: sie sollen eine Verbindlichkeit oder einen Mangel in der Rechtsstellung des eingetragenen Rechtsinhabers jedem Interessenten warnend vor Augen führen und es

so dem Gesetz ermöglichen, den rechtsgeschäftlichen Erwerber ohne Rücksicht auf die vom Verkehr geforderten Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens genau in die Rechtsstellung seines auctor eintreten zu lassen; vermöge dieser Eintragungen erst kann das Gesetz anordnen, daß der Erwerber alle Verbindlichkeiten und Mängel in der Rechtsstellung seines auctor übernehmen muß, auf die ihn das Grundbuch warnend hingewiesen hatte.

Wenn nun das Gesetz die Intabulierung solcher Warnungen ebenso wie die Verlautbarung dinglicher Rechte als „Eintragungen" bezeichnet, so ist damit lediglich angedeutet, daß auch die Intabulierung solcher Warnungen ebenso wie die von dinglichen Rechten den Vorschriften des zweiten Abschnitts der GBO. unterworfen sind. Ihrem Wesen nach sind die beiden Arten von Intabulierungen verschieden; dies hindert jedoch nicht, sie bezüglich ihrer formellen Behandlung denselben Vorschriften zu unterwerfen. Wenn daher das Gesetz vorschreibt oder gestattet, daß eine Rechtsgestaltung — hier im weitesten Sinn zu nehmen — in das Grundbuch „eingetragen" werde, so hat das Gesetz über das Wesen dieser Rechtsgestaltung gar keinen Anhaltspunkt gegeben; es hat nur vorgeschrieben, daß die §§ 13 ff. GBO. für die Eintragung maßgebend seien, soweit natürlich nicht etwa Spezialvorschriften eingreifen, wie § 885 BGB., § 113 KO.; § 19 ZwVG. Es ist völlig verkehrt, wenn aus der Tatsache, daß die Intabulierung einer V. eine Eintragung im technischen Sinn ist, gefolgert wird, die V. müsse ein dingliches Recht sein, da nur solche „eingetragen" würden — vgl. S. 16.

Nun sind die Vorschriften §§ 13 ff. GBO. in ihrer Ausdrucksweise auf die Eintragung dinglicher

Rechte abgestellt; soweit auch andere Rechtsgestaltungen als dingliche Rechte eingetragen werden sollen, passen diese Vorschriften ihrem Wortlaut nach nicht auf die Eintragung anderer Rechtsgestaltungen; würde z. B. „Recht" im § 19 GBO. strikte als dingliches Recht interpretiert, so wäre die Löschungsbewilligung für einen Widerspruch nicht zulässig, da der Widerspruch kein dingliches Recht ist oder verlautbart. Für die oben als Warnungen bezeichneten Eintragungen müssen daher die Vorschriften der GBO. analog angewendet werden und zwar deshalb, weil das Gesetz selbst die Intabulierung der Rechtsgestaltung als Eintragung bezeichnet und damit den Vorschriften der GBO. unterwirft. Dagegen besteht kein Anlaß, auch die materiellen Vorschriften über dingliche Rechte auf die eingetragenen Rechtsgestaltungen analog anzuwenden; eine Rechtfertigung dieser Analogie kann aus dem gesetzlichen Ausdruck „Eintragung" nicht entnommen werden.

Auf die V. angewendet ergeben diese Überlegungen folgenden Grundsatz: die materiellrechtlichen Vorschriften über Entstehung, Veränderung und Untergang der dinglichen Rechte können auf das Rechtsinstitut der V. weder direkt noch analog angewendet werden; die formellen Vorschriften über Eintragung, Umschreibung und Löschung der dinglichen Rechte gelten kraft positiver Anordnung des Gesetzes auch für das Rechtsinstitut der V.; oder kürzer: Die V. wird quoad formalia dem dinglichen Recht analog behandelt. Vgl. hiezu Reichel S. 142; Reichel Umschreibung S. 48 Anm. 1.

Da die Tilgung einer V. an sich ein Akt des formellen Verfahrens ist, so muß es auffallen, daß § 886 BGB. von einer „Beseitigung" spricht, obwohl

der Ausdruck „Löschung“ in analoger Anwendung durchaus angebracht wäre. Die Prot. III S. 742 Antrag 1 § h, sprachen von „Aufhebung“. Der Grund für die Änderung dürfte darin zu finden sein, daß unter „Aufhebung“ die materielle Beendigung eines dinglichen Rechts verstanden wird, vgl. z. B. §§ 875, 876 BGB.; um jeden Anklang an die bei dinglichen Rechten gebrauchte Terminologie zu vermeiden, wurde ein anderer Ausdruck gewählt; diese Absicht lag um so näher, als mit einigen der Prot. III S. 740 ff. erwähnten Anträgen das V.-recht zu einem dinglichen Recht hätte umgestaltet werden sollen. Der Ausdruck „Beseitigung“ sollte klar machen, daß der Gläubiger des durch die Einrede entkräfteten Anspruchs die Löschung nicht nur zu bewilligen, sondern sie zu veranlassen und auf seine Kosten durchzuführen habe. Daß die „Beseitigung“ der V. durch Löschung erfolge, wird überwiegend anerkannt. Vgl. Sekler § 26 II 2b S. 277; Biermann S. 220. Unrichtig sind die Distinktionen Verviers S. 28, der annimmt, die Beseitigung sei etwas anderes als die Löschung. Nicht geteilt wird auch die eigenartige Auslegung, die Bruck Eigentümerhypothek S. 172 dem Ausdruck „Beseitigung“ geben will. S. auch Bongartz S. 36. Unter „Beseitigung“ im § 886 BGB. ist nichts anders zu verstehen als die „Löschung“ im § 25 GBO., nämlich — § 47 GBO. — die Eintragung eines Löschungsvermerkes im Grundbuch.

Eine V. wird eingetragen auf grund

1. einer einstweiligen Verfügung — § 885 BGB.
2. einer Eintragungsbewilligung — § 885 BGB.
3. gesetzlicher Vorschriften: §§ 18, 76 GBO.

Soweit der Entstehungsgrund einer V. überhaupt in Betracht kommt, wird demnach unterschieden werden zwischen

1. verfügten V.en, auch Zwangs-V.en, arrestatorische V.en genannt.
2. bewilligten V.en, auch konsentierte V.en genannt;
3. amtlichen V.en.

Ein von Cosack § 177 III 1 b S. 26 angeführter vierter sog. „Vormerkungsgrund" führt vermöge der Fiktionen der §§ 894, 895 ZPO. zur Eintragung einer bewilligten V.

Die V. ist ein Grundbucheintrag, der in gewissem Umfang und in gewissen Richtungen für den Gläubiger des privilegierten Anspruchs die wirtschaftliche Verwirklichung des Anspruchs sichert und den rechtlichen Bestand des Anspruchs schützt. Der Inbegriff der Vorteile und Befugnisse, deren der Anspruchsgläubiger genießt, wird als das V.-recht bezeichnet, ähnlich wie das Erbrecht oder Pfandrecht einen solchen Komplex bezeichnet. Die beiden Tatbestandsmerkmale des V.-rechts sind: ein sicherungsfähiger Anspruch und das „Eingetragensein" einer V.; da die V. selbst ein Eintrag ist, so kann es eine nicht eingetragene V. nicht geben Schilde S. 72 Anm. 1; Bongartz S. 68; Kretschmar Sachenrecht § 888 II S. 102 ; statt der Tautologie „Eingetragensein der V." oder „eingetragene V." genügt daher die Bezeichnung „V.". Die V. wirkt, d. h. erzeugt im Verein mit dem sicherungsfähigen Anspruch das das V.-recht, solange sie besteht: ihre Wirksamkeit beginnt mit der Eintragung und endigt mit der Löschung. Eine unwirksame V., die also kein V.-recht erzeugen kann, kennt das Gesetz nur im

§ 887 BGB. Im übrigen wirkt die V. kraft ihres Daseins, unabhängig von ihrem Entstehungsgrunde; auch eine unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zustande gekommene V. erzeugt das V.-recht, solange nicht der durch die V. ungerechtfertigterweise Belästigte die Löschung der V. erwirkt hat. Gleiches gilt von der Löschung der V.: mag sie auch aus Versehen oder selbst arglistig erfolgt sein, die gelöschte V. existiert nicht mehr und kann das V.-recht nicht mehr erzeugen. Das Gesetz stellt seine Vorschriften überall nur auf die Existenz der V. ab ohne Rücksicht darauf, ob die V. zu Recht existiert oder nicht. Abgesehen von § 887 BGB. sowie von den Bestimmungen der § 221 II KO. und § 1990 II BGB., die der verfügten V. ganz oder teilweise die Wirksamkeit entziehen, gilt der Satz: Die V. erzeugt das V.-recht, solange sie nicht gelöscht ist, unbeschadet des Rechts des Belästigten, die Löschung der V. zu verlangen. Ebenso Neumann in der JW. 1902 S. 455; Weigelt S. 34; Schilde S. 14; Endemann II § 65 Anm. 82 S. 422; Bongartz S. 51; Turnau-Förster § 883 Anm. II 8 S. 204 und § 886 Anm. II 5 S. 225; Crome § 376 Anm. 134 S. 189; teilweise anders Reichel S. 170. Daß die V. einer Einigung nach § 873 BGB. bedürfte, behaupten nur Sekler § 14 I 1 S. 129 und Fuchs S. 127 in Konsequenz ihrer Auffassung der V. als eines dinglichen Rechts; demgegenüber mag mit Cosack § 177 III 1 a S. 26 und Biermann S. 148 darauf hingewiesen werden, daß vermöge des formellen Konsensprinzips der gesicherte Gläubiger ohne Wissen und Willen in den Genuß des V.-rechts treten kann. Ebenso auch Strohal S. 18 Anm. 16, Oberneck § 50 Anm. 2 S. 438, Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 303 u. a.

Ungenau ist die Ausdrucksweise: die V. erlösche durch den Verzicht des gesicherten Gläubigers: durch einen solchen Verzicht begibt sich der Gläubiger lediglich für seine Person der Vorteile, die ihm aus der V. erwachsen. Jeder andere Gläubiger des gesicherten Anspruchs kann das V.-recht wieder geltend machen, da er nicht für seine Person darauf verzichtet hat. Erst wenn zum Verzicht auch die Löschung hinzutritt, ist das V.-recht endgültig untergegangen.

Die V. ist eine rechtserhebliche Eintragung im Grundbuch; denn an ihre Existenz knüpft sich das Bestehen des V.-rechts. Wenig empfehlenswert zur Bezeichnung dieser Tatsache ist der Ausdruck: „die V. sei eine konstitutive Eintragung" – so Reichel S. 139; denn unter konstitutiven Eintragungen versteht man in der Regel eine besondere Art der rechtserheblichen Eintragungen, nämlich die, die die Existenz eines dinglichen Rechts „konstituieren". In diesem Sinn ist die V. kein konstitutiver Eintrag, was aus Reichels Ausführungen auch hervorgeht. Die Ausführungen Verviers S. 39 ff. beruhen auf einer völlig ungerechtfertigten Identifizierung der Begriffe rechtserheblich und konstitutiv: wenn der V. Funktionen beigelegt sind, die „eine Veränderung der materiellen Rechtslage des Aktivinteressenten herbeiführen", so darf doch hieraus nicht der Schluß gezogen werden, daß der „Anspruch in seinem Wesen gänzlich umgestaltet, d. h. verdinglicht worden" sei[1].

[1] Dieser, besonders auch von Othmer vertretenen Auffassung, als ob die V. eine „Transsubstantationswirkung" habe, muß mit Kretzschmar bei Lobe Bd. 3, S. 413 entgegengehalten werden, daß durch die vormerkungsweise Sicherung eines Anspruchs

Die V. wird mit Vorliebe als eine vorläufige Eintragung ins Grundbuch bezeichnet; diese Ausdrucksweise schließt die Gefahr in sich, daß die V. unter Verkennung ihrer eigentlichen Mission einfach als Vorläuferin eines „definitiven Eintrags" oder eines „definitiven Rechts" betrachtet werde. Allein die V. steht zu der definitiven Eintragung, die ihr regelmäßig folgen mag, nur in einer mittelbaren Beziehung: sie sichert nur die Verwirklichung eines Anspruchs, der sich auf das Grundstück oder ein Grundstücksrecht bezieht. Der Gesetzgeber hat nun allerdings nur solche Ansprüche für sicherungsfähig erklärt, die — wenigstens regelmäßig — zu ihrer Befriedigung einer Eintragung in das Grundbuch bedürfen, weil die beanspruchte Rechtsänderung nur durch einen solchen Eintrag herbeigeführt werden kann; dem Grundgedanken des Rechtsinstituts hätte es aber keineswegs widersprochen, auch solche Ansprüche in Beziehung auf ein Grundstück oder Grundstücksrecht der Vormerkungssicherung zugänglich zu machen, deren Befriedigung ohne Grundbucheintrag vor sich geht, wie etwa der Anspruch auf mietweise Überlassung eines Grundstücks. Nicht das Wesen der Sache, sondern die — wohl nicht ganz begründete — Furcht vor Über-

kein dringliches Recht entsteht, daß der Anspruch auf Bestellung eines Rechts und das Recht selbst streng unterschieden werden müssen. Anspruch und Recht — Recht immer im Sinn des dinglichen Rechts — sind völlig verschiedene Begriffe, zwischen denen es auch keinen Übergang, kein „Mittelding" gibt, wie Reichel S. 150 das hier sogenannte V.-recht charakterisieren will; er meint, das V.-recht sei mehr als ein (persönlicher) Anspruch, weniger als ein dingliches Recht; eine quantitative Relation zwischen den Begriffen Anspruch und Recht hat aber nur Sinn unter die Voraussetzung, daß beide Begriffe ein tertium comparationis gemeinsam haben und dies trifft nicht zu.

lastung des Grundbuchs hat den Gesetzgeber dazu bestimmt, den Kreis der sicherungsfähigen Ansprüche nach § 883 I BGB. einzuschränken. Die dort aufgezählten Ansprüche brauchen aber nicht notwendig mit einem Grundbucheintrag ihre Erledigung zu finden; da infolgedessen auch nicht auf jede V. ein „endgültiger" Grundbucheintrag zu folgen braucht, so ist die Bezeichnung der V. als einer „vorläufigen Eintragung" wenig empfehlenswert, weil sie auf eine Anzahl von Fällen nicht paßt. Vor allem folgt auf die V. in allen den Fällen keine endgültige Eintragung, wo der mit der V. verlautbarte Anspruch materiell nicht begründet ist, wo ein Anspruch auf Herbeiführung der erstrebten Rechtsänderung nicht besteht; dann erweist sich die V. als gegenstandslos, weil ihr tatsächlich ein Anspruch nicht zu grunde lag. Es kann aber auch der gesicherte Anspruch befriedigt werden, ohne daß eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen müßte: Der Anspruch auf Übertragung einer Briefhypothek kann nach § 883 I BGB. durch Eintragung einer V. ins Grundbuch gesichert werden; befriedigt wird der Anspruch auf Übertragung einer Briefhypothek durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefs — § 1154 BGB. —, also ohne Eintragung ins Grundbuch; eine solche kann zwar zur Übertragung der Briefhypothek gemäß § 1154 II BGB. ebenfalls gewählt werden, ist aber nicht notwendig. Ebenso kann ein Anspruch auf Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts an einer Briefhypothek befriedigt werden, ohne daß das Grundbuchamt in Tätigkeit treten müßte — §§ 1069, 1274, 1154 BGB. Soll eine Hypothek für eine Forderung aus einem Inhaberpapier oder aus einem indossabeln Papier über-

tragen oder mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastet werden, so werden solche Ansprüche ebenfalls befriedigt, ohne daß eine Eintragung ins Grundbuch erforderlich wäre — §§ 1187, 1069, 1274, 1154 BGB. Wollte man eine zur Sicherung eines solchen Anspruchs eingetragene V. als „vorläufige Eintragung" bezeichnen, so würde dieser „vorläufigen Eintragung" vielfach keine „endgültige Eintragung" entsprechen; in diesem Fall ist aber die gewählte Bezeichnung falsch angebracht. Der Ausdruck birgt aber eine weitere, größere Gefahr in sich: es könnte daraus entnommen werden, daß die Eintragung eines dinglichen Rechts und die Eintragung einer V. dem Wesen nach dasselbe wären und sich nur in der bestimmungsmäßigen Dauer des Eintrags unterschieden. Diese Meinung wäre verfehlt. Allerdings ist die Intabulierung einer V. eine Eintragung im Sinn des formellen Grundbuchrechts; sie ist aber keine Eintragung im Sinn des materiellen Liegenschaftsrechts, d. h. eine Eintragung, die ein dingliches Recht konstituierte. Die Eintragung im Sinn des formellen Grundbuchrechts ist ein weiterer Begriff als die Eintragung im Sinn des materiellen Liegenschaftsrechts, denn sie umfaßt außer der Intabulierung dinglicher Rechte auch die Verlautbarung der S. 56 aufgezählten Rechtsgestaltungen. Die Bezeichnung der V. als einer „vorläufigen Eintragung" — richtiger wäre wohl: Eintrag, da nicht die Tätigkeit, sondern ihr Ergebnis gemeint ist — beruht daher letzten Endes darauf, daß die beiden Bedeutungen des Wortes „Eintragung" nicht unterschieden werden: Eintragung im formellen Sinn der Grundbuchordnung = Verlautbarung einer Rechtsgestaltung im Grundbuch, und Eintragung im materiellen Sinn des Lie-

genschaftsrechts = Verlautbarung eines dinglichen Rechts im Grundbuch.

Die bekämpfte Ausdrucksweise ist endlich geeignet, die folgende Tatsache zu verdunkeln: die V. verlautbart einen Anspruch, nicht aber, wenigstens nicht unmittelbar, ein künftiges dingliches Recht; sie sichert unmittelbar die Verwirklichung des Anspruchs, nicht aber die Entstehung des beanspruchten Rechtszustandes. Wenn daher die sichernden Wirkungen der V. untersucht werden, so ist der Schwerpunkt auf die — um die übliche Terminologie zu gebrauchen — obligatorischen Beziehungen zu legen: es ist zu untersuchen, wie die vormerkungswidrige Verfügung auf den Anspruch einwirkt, nicht, wie sie sich zu der erst herbeizuführenden beanspruchten Rechtsgestaltung verhält. Das Gesetz sagt im § 883 II BGB. sehr korrekt: Eine Verfügung . . . ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch, nicht etwa: das Recht, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, vereiteln oder beeinträchtigen würde. Nach einer anderen Richtung hin bedarf der Gesetzestext allerdings einer genaueren Fassung: ein Anspruch, d. h. das rechtliche Band zwischen Anspruchsgläubiger und Anspruchsschuldner kann durch eine Verfügung des Schuldners nicht beeinträchtigt werden; dies kann nur geschehen mit der Verwirklichung des Anspruchs; nur diese kann beeinträchtigt oder vereitelt werden.

Jedenfalls ergibt sich aus § 883 BGB. mit aller Klarheit als Bestimmung der V. die Aufgabe, dem Anspruch seine Verwirklichung, seinen wirtschaftlichen Erfolg zu sichern. Daraus folgt, daß die V. den Anspruch seiner Natur nach nicht verändern kann; denn eine Wesensverwandlung des Anspruchs

wäre notwendig zugleich sein Untergang als Anspruch: eine V., die auf den Anspruch eine „Transsubstantiationswirkung“ (Vervier) ausübt oder den Anspruch zum dinglichen Recht erhebt (Sekler), vernichtet damit ihren Schützling, den Anspruch. Soll die in der V. gewährte Sicherung des Anspruchs nicht in ihr Gegenteil umschlagen, so muß der Satz gelten:

> Der Anspruch wird dadurch, daß zu seiner Sicherung eine V. eingetragen wird, in seinem Wesen und in seiner rechtlichen Struktur nicht im geringsten verändert.

Daraus ergeben sich die nachstehenden Folgerungen:

1. Der Anspruch wird nicht zum Recht im sachenrechtlichen Sinn, weder zum bedingten noch zum unbedingten Recht; er ist und bleibt die rechtliche Befugnis, von einem Andern ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen — § 194 BGB. Der Anspruch bleibt daher auch ein dinglicher oder obligatorischer Anspruch, unabhängig davon, ob zu seiner Sicherung eine V. eingetragen wird oder nicht; seine Natur bestimmt sich lediglich nach dem Rechtsverhältnis, aus dem er entspringt. Der in der Literatur anscheinend unvermeidliche Ausdruck: „Der Anspruch sei und bleibe ein persönlicher“ will lediglich ausdrücken, daß der Anspruch nicht zum dinglichen Recht — „verdinglicht“ — werde, sondern seinem Wesen nach ein Anspruch bleibe. Auch seinem Inhalt nach wird der Anspruch durch die Eintragung einer V. keiner Veränderung unterworfen, was insbesondere Strecker § 18 II S. 114 richtig betont. Ebenso Böhm zu § 884 I S. 46; Willenbücher zu § 883 II S. 21; Männer § 11 B

S. 80; Priester im ArchBürgR. 22 = 1903 S. 174; Oberneck § 50 5 S. 449; Reichel S. 153; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 512, 536; Bongartz S. 26; Leyser S. 32, 49; Turnau-Förster zu § 883 II 4c S. 197; Weigelt S. 30, 59; Endemann § 65 Anm. 17 S. 403 4; Barth S. 33; Biermann S. 183; Biermann Sachenrecht zu § 883 II 2; Neumann JW. 31 = 1902 S. 455; Du Chesne in Seuff. Bl. 1906 S. 409; Kober zu § 883 V 1b S. 143; RJA. 3. 159; ROLG. 3. 98; 4. 237. Anders die Vertreter der Ansicht, die mit der Eintragung der V. den Anspruch zum dinglichen Recht oder zur obligatio in rem scripta werden läßt.

2. Wie der Anspruch durch die Eintragung einer V. seinen Inhalt nicht ändert, so wechselt er dadurch auch nicht seine Richtung: er richtet sich nach wie vor gegen den Anspruchsschuldner und sonst gegen niemand. Insbesondere richtet sich der gesicherte Anspruch selbst nicht gegen den Erwerber eines anspruchsfeindlichen Rechts; der gegen diesen Erwerber gerichtete Anspruch auf Realisationskonsens — § 888 BGB. ist mit dem gesicherten Anspruch nicht identisch, sondern davon völlig verschieden. Der gesicherte Anspruch muß und kann nur gegen den Anspruchsschuldner oder den geltend gemacht werden, der nach den Regeln des Obligationenrechts in das Schuldverhältnis eingetreten ist. So Bongartz S. 13; Vervier S. 40, kaum vereinbar mit seiner „Transsubstantiationswirkung"; Biermann S. 177 8; Böhm zu § 884 I S. 46; Barth S. 37; Endemann § 65 Anm. 16 S. 403 und § 65 6a S. 419; Priester im ArchBürgR. 22 = 1903 S. 194; Reichel S. 105; RG. Bd. 53 S. 30; ROLG. 4. 237. Anders Oberneck § 50 5 S. 449, der den Anspruch auf Realisationskonsens § 888 BGB. — anscheinend mit dem gesicherten Anspruch identifiziert.

3. Schutz und Sicherung durch die V. reichen so weit, als der Anspruch reicht; die V. hat nicht die Kraft, Inhalt oder Umfang des Anspruchs zu ändern. Wenn daher der Anspruch selbst Wandlungen erfährt, so schützt und sichert ihn die V. in seiner jeweiligen Gestalt und Ausdehnung, vorausgesetzt, daß der Anspruch nicht die durch die V. verlautbarten Grenzen überschreitet. Bezüglich der essentiellen Wirkungen der V. ist dieser Satz streng eingehalten: nur so weit der Anspruch selbst geht, gewährleistet die V. seine Befriedigungsmöglichkeit. Bezüglich der akzidentiellen Wirkungen ist der Satz zwar ebenfalls streng durchgeführt, es ist aber zu beachten, daß die V. den Anspruch gegen gewisse Veränderungen — im Konkurs, in der Zwangsversteigerung, im Erbgang — schützt und damit gewisse Modifikationen verhindert. Festzuhalten ist, daß der Anspruch den für Ansprüche geltenden Rechtssätzen unterworfen bleibt, soweit nicht gesetzliche Sonderregeln, insbesondere über die akzidentiellen Wirkungen der V., eingreifen; die V. folgt allen Veränderungen des Anspruchs und empfängt ihren Inhalt und das Maß ihrer Wirkungen allein vom Anspruch; sie ist akzessorischer Natur und insoweit ist die viel angezogene Analogie mit der Sicherungshypothek nichts zu beanstanden.

Aus dieser akzessorischen Natur der V. ergibt sich, daß ihre Wirkungen von dem rechtmäßigen Bestand des Anspruchs durchaus abhängig sind: accessorium sequitur principale. Daher vermag die V. den durch sie gesicherten Anspruch nicht zu beweisen, sie ist kein Beweismittel. Der Anspruchsgläubiger muß die seinen Anspruch begründenden Tatsachen im Bestreitungsfall mit den gewöhnlichen Beweismitteln des Zivilprozesses nachweisen, es ge-

nügt nicht, wenn er sich auf die V. beruft. Die Rechtsvermutung des § 891 BGB. ist auf den gesicherten Anspruch nicht anwendbar, denn diese Bestimmung gilt nur für dingliche Rechte, nicht auch für Ansprüche, die übrigens auch im Grundbuch nicht „eingetragen" sind. Die Literatur erkennt denn auch ausnahmslos an, daß die Rechtsvermutung des § 891 BGB. für den vormerkungsweise gesicherten Anspruch nicht gilt: Cosack § 180 II 2c S. 38; Kober zu § 883 V 3a; Biermann S. 187; Planck zu § 883 3 1, zu § 891 II; Crome § 376 4a Anm. 89; Bongartz S. 70; Sekler § 14 V 1 S. 136; Endemann § 65 2c S. 405; Leyser S. 22; Vervier S. 100; Strohal S. 8; Predari § 8 IV 2 D S. 207; Turnau-Förster zu § 883 II 4c S. 197; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 513; Oberneck § 50 4 S. 446; Fuchs zu § 883 20 S. 121, dem Sekler S. 136 Anm. 1 fälschlich eine abweichende Ansicht zuschreibt; Othmer, der sonst dem „vorgemerkten Recht" alle Eigenschaften des dinglichen Rechts zuschreibt, läßt als einzigen Unterschied den gelten, daß § 891 BGB. für den gesicherten Anspruch unanwendbar ist.

Wenn nun auch anerkannt wird, daß für den gesicherten Anspruch die Rechtsvermutung des § 891 BGB. unmittelbar nicht gelten kann, so wird doch vielfach die Ansicht vertreten, daß diese Bestimmung eine analoge Anwendung auf die V. dulde; demgemäß wird der Rechtssatz aufgestellt, die V. habe die Bedeutung, daß der gesicherte Gläubiger die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung einer V. nicht nachzuweisen habe, daß dies vielmehr Sache des bestreitenden Gegners sei; der gesicherte Anspruchsgläubiger brauche daher nicht darzutun, daß die einstweilige Verfügung ergangen,

die Eintragungsbewilligung des Betroffenen erteilt worden sei: Legalia praesumuntur. Diese Meinung vertreten Biermann S. 187; Kober zu § 883 V 3a; Planck zu § 883 3[1]; Fuchs zu § 883 20 *a*; Turnau-Förster zu § 883 II 4c S. 197; Sekler § 14 V 1 S. 136; Othmer S. 91.

Der vorgetragenen Meinung liegt ein nicht unberechtigter Gedanke zu grunde, der jedoch wenig glücklich formuliert und mit dem Hinweis auf § 891 BGB. noch weniger glücklich begründet ist. Die Vermutung dafür, daß die „materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung der V. gegeben sind" — es dürfte sich dabei übrigens mehr um formell rechtliche Voraussetzungen handeln, da das formelle Konsensprinzip maßgebend ist —, diese Vermutung ist eine rein tatsächliche Vermutung, die mit der Rechtsvermutung des § 891 BGB. gar nichts zu tun hat: auf grund der Erfahrungstatsache, daß die staatlichen Behörden bei ihren Amtshandlungen die gesetzlichen Vorschriften beachten, wird im allgemeinen vorausgesetzt, daß der Grundbuchbeamte nur beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen eine Eintragung in das Grundbuch vornehmen wird. Sollte aber die Rechtmäßigkeit einer Eintragung bestritten werden, so ist die Partei beweispflichtig, die sich auf die Rechtmäßigkeit beruft; sie muß daher auch dartun, daß die gesetzlichen Erfordernisse für die Eintragung gegeben waren. Es ist kein Grund ersichtlich, warum von der allgemeinen Beweislastregel für die V. eine Ausnahme bestehen sollte; diese müßte durch ausdrückliche Rechtsvorschrift angeordnet sein; als solche kann aber § 891 BGB. nicht angesehen werden. Ebenso Endemann § 65 Anm. 20, wohl auch Strohal S. 9 Anm. 7; ebenso dürfte auch

der wenig glücklich gefaßte Satz bei Bongartz S. 70 Anm. 2 zu verstehen sein, worin die oben abgelehnte Meinung mit den Worten bekämpft wird: „Alles dies wird nicht vermutet, sondern ist einzig bedingt durch die offenbare und leicht beweisbare Tatsache der Eintragung und durch den zu beweisenden „wirksamen Anspruch".

Als formelle Definition der V. soll zunächst folgender Satz aufgestellt werden:

Die V. ist ein eigenartiges Sicherungsmittel, das in Verbindung zur Grundbucheinrichtung gebracht ist[1]; ihre Wirkung besteht darin, daß sie dem Gläubiger des gesicherten Anspruchs gewisse Privilegien gewährt.

Diese Privilegien sind zweierlei Art:

1. die wirtschaftliche Verwirklichung des Anspruchs wird gesichert — essentielle Wirkungen;
2. der rechtliche Bestand des Anspruchs wird geschützt — akzidentielle Wirkungen.

Die nächste Aufgabe wird es sein, die Wirkungen der V. nach Art und Umfang zu untersuchen.

§ 5.

Die essentiellen Wirkungen der Vormerkung.

Die Kardinalbestimmung für das Rechtsinstitut der V. kleidet § 883 II BGB. in die Worte:

Eine Verfügung, die nach der Eintragung der V. über das Grundstück oder das Recht getroffen

[1] soweit gleichlautend mit Kretschmar zu § 883 IV 1 S. 91.

wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Der Text des Gesetzes ist in zwei Richtungen nicht völlig einwandfrei: durch eine Verfügung kann ein Anspruch, d. h. die lediglich gedachte, in der Idee existierende Rechtsbeziehung zwischen zwei Rechtsgenossen, kraft deren der eine vom andern ein bestimmtes Verhalten verlangen kann — § 194 BGB. —, in seiner rechtlichen Existenz weder vereitelt noch beeinträchtigt werden; denn der Anspruch besteht ja jeder Verfügung zum Trotz unverändert weiter, er kann selbst weiter bestehen, wenn der Gegenstand, worauf er sich bezieht, längst vernichtet ist — man denke an den Fall, daß der Obligationsschuldner den Untergang des beanspruchten Gegenstands zu vertreten hat, § 275 I BGB., dazu Cosack I § 99 II 1 a *α* S. 348. Durch eine Verfügung wird also nicht der rechtliche Bestand eines Anspruchs, sondern seine wirtschaftliche Verwirklichung gefährdet; demgemäß spricht auch § 229 BGB. korrekt von dem Fall, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde. Der Gesetzestext ist also dahin zu berichtigen, daß statt der Worte: „der Anspruch" zu lesen ist: „die Verwirklichung des Anspruchs". Vgl. S. 43, ferner noch Biermann S. 183; Männer § 11 B Anm. 45.

Inwiefern aber eine Verfügung die Verwirklichung eines Anspruchs gefährden könne, ergibt sich aus der folgenden Überlegung: aus der Legaldefinition des § 194 BGB. folgt, daß sich der An-

spruch stets gegen eine Person richten muß und zwar auch dann, wenn er einem dinglichen Recht entspringt, also wenn z. B. auf Grund dinglichen Rechts die Herausgabe einer Sache vom Besitzer beansprucht wird. Denn der Anspruch selbst — nicht etwa das streng zu scheidende Recht, dem er entspringt — ergreift nicht den Gegenstand, sondern die Person. Mit der Person aber ergreift der Anspruch deren Vermögen, d. i. die Summe der Gegenstände, die der Herrschaft und Verfügungsgewalt der Person durch die Rechtsordnung unterworfen sind. Nur die Gegenstände unterliegen regelmäßig dem Zugriff des Anspruchsgläubigers, die sich im Vermögen des Anspruchsschuldners befinden; denn wenn der Gläubiger kraft seines Anspruchs von dem Schuldner ein Tun verlangt, so kann der Schuldner den Anspruch nur dann befriedigen, wenn er nach der Rechtsordnung zu diesem Tun befugt und befähigt ist. Voraussetzung für die Verwirklichung eines Anspruchs ist also, daß der Gegenstand, worauf sich der Anspruch bezieht, sich im Vermögen des Schuldners befinde. Da somit der Anspruch seinen Gegenstand nur durch Vermittlung und auf dem Umweg über das Vermögen des Schuldners ergreift, so besteht für die Verwirklichung eines jeden Anspruchs die Gefahr, daß der Schuldner den beanspruchten Gegenstand aus seinem Vermögen ausscheidet, so daß für ihn die freiwillige und für den Gläubiger die zwangsweise Befriedigung des Anspruchs wegen Mangels der Verfügungsmacht ausgeschlossen wird. Der Gläubiger ist dann entweder auf den Schadensersatzanspruch angewiesen oder er muß, falls er ein Recht am Gegenstand hat, gegen einen neuen Erwerber des beanspruchten Gegenstandes den

Anspruch aus seinem Recht von neuem geltend machen. Der Schuldner hat es daher stets in der Hand, die Verwirklichung eines Anspruchs dadurch zu hintertreiben, daß er den beanspruchten Gegenstand aus seinem Vermögen ausscheidet; die Vorschriften über die res litigiosa und die moderne Ausgestaltung der actio Pauliana bieten nicht immer eine genügende Handhabe für den Gläubiger; auch Arrest und einstweilige Verfügung können nicht immer gegen die Gefahr schützen, daß der schikanöse Schuldner den beanspruchten Gegenstand aus seinem Vermögen ausscheidet und damit die tatsächliche Verwirklichung des Anspruchs verhindert.

Die angeführte Gesetzesbestimmung gibt noch zu einer zweiten Erörterung Anlaß: Satz 1 erklärt Verfügungen für unwirksam, die nach der Eintragung der V. getroffen sind; Satz 2 ordnet dasselbe an für Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen. Die in Satz 2 genannten Verfügungen sollen unter der Bezeichnung Quasiverfügungen zusammengefaßt werden[1]. Es fällt auf, daß das Gesetz zuerst Verfügungen schlechthin für unwirksam erklärt und dann das nämliche bestimmt für eine besondere Art von Verfügungen, die Quasiverfügungen, obwohl doch der engere Begriff im weitern schon enthalten ist: was für Verfügungen im allgemeinen gilt, muß doch auch ohne besonderen Befehl auch für die Verfügungen gelten, die im Wege der Zwangsvollstreckung

[1] Der Ausdruck „Zwangsverfügungen" (Löwenfeld-Riezler, Einleitung zum dritten Abschnitt „Rechtsgeschäfte" VIII A S. 359) dürfte für freihändige Veräußerungen des Konkursverwalters nicht völlig zutreffen.

usw. erfolgen. Dieselbe Ausdrucksweise findet sich §§ 161 I, 184 II, 353 II, 499, 2115 BGB. Die Lösung des Widerspruchs ist zu erhoffen von einer Erörterung über den Begriff der Verfügung.

Beim Mangel einer Legaldifinition fällt die Abgrenzung des Verfügungsbegriffes in den Wirkungskreis der wissenschaftlichen Forschung. Nach einer viel vertretenen, etwas optimistischen Auffassung herrscht in der Literatur Einigkeit über den Begriff der Verfügung. Im Anschluß an RG. Bd. 49 S. 416 werden Verfügungen regelmäßig definiert als „Rechtsgeschäfte, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird". So Planck, Vorbem. zum dritten Abschnitt des ersten Buches, Bem. IX 4 S. 185; wo die weitere Feststellung folgt: „Der Begriff der Verfügung umfaßt neben der Veräußerung und Belastung auch die Änderung und Aufhebung eines Rechtes, insbesondere also auch die Annahme einer geschuldeten Leistung, indem dadurch die Forderung aufgehoben wird, und ebenso den Erlaß einer Forderung."

Es seien ferner die nachstehenden Definitionen wiedergegeben:

> Endemann I § 62. 3 S. 284: Verfügungen — der Ausdruck wird für sämtliche Rechtsgebiete gebraucht — bezeichnet das Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung, das unmittelbar das Recht an einer Sache zur Entstehung, Aufhebung, Endigung bringt, oder die Übertragung, den Untergang etc. eines dinglichen oder obligatorischen Rechts bewirkt. — Ferner Anm. 19: Verfügungen sind außerdem enthalten in dem Verzicht, Erlaß, Rücktritt, der Anfechtung, Aufrechnung, Erfüllung ...

Dernburg, Die allgemeinen Lehren, § 112 II: Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, welche eine unmittelbare Vermögensleistung bilden, vor allem unmittelbar auf bestehende Vermögensrechte einwirken, sie übertragen ... verändern, nicht bloß verbessern oder beendigen. Es gehört dahin unter anderm die Veräußerung von Sachen, die Belastung von solchen mit dinglichen Rechten, ... auch die bloße Besitzüberlassung, die Abtretung oder Indossierung einer Forderung ...

Crome, § 74 II 3 S. 326, I Bd.: Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch welche jemand unmittelbar — gewissermaßen dinglich — ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise auf einen andern überträgt, dasselbe belastet, ändert oder aufhebt. Doch gehen die Verfügungen über den Kreis der Übertragung etc. dinglicher Rechte weit hinaus: es fallen darunter auch die Abtretung von Forderungen und anderen Rechten, Erfüllungsannahme — weil dadurch das befriedigte Recht erlischt — Erlaß usw. Nur der reine Erwerb von Rechten ist für den Erwerbenden keine Verfügung.

Löwenfeld-Riezler, Einleitung zum dritten Abschnitt „Rechtsgeschäfte", VIII A S. 358 ff.: Unter Verfügung versteht man ... solche Rechtsgeschäfte, deren Rechtswirkung auf einen Gegenstand, also eine Sache, ein Immaterialgut oder ein Vermögensrecht, unmittelbar gerichtet ist und die Rechtslage dieses Gegenstandes unmittelbar ändert. Daß das Rechtsgeschäft dem Sachenrecht angehöre, ist nicht erforderlich, sondern nur, daß durch dasselbe nicht lediglich eine Verpflichtung zur Vornahme einer Rechtsänderung begründet werde, sondern unmittelbar eine Rechtsänderung

stattfinde. Daher gehören z. B. auch die Forderungsabtretung, die Annahme als Erfüllung und der Schulderlaß zu den Verfügungen ...

Biermann S. 192 und Sekler § 17 III 1 S. 179 wiederholen die übliche Definition und führen als den Gegensatz zur Verfügung das Rechtsgeschäft an, durch das nur obligatorische Verpflichtungen erzeugt werden. Diese auch sonst verbreitete Erläuterung kann nur mit der Modifikation akzeptiert werden, daß die Verfügung ein kontradiktorischer, nicht aber der konträre Gegensatz ist zu dem lediglich obligatorische Beziehungen begründenden Rechtsgeschäft. Denn es gibt Rechtsgeschäfte, die für sich allein, ohne das Hinzutreten einer weiteren rechtserheblichen Tatsache weder eine Verfügung darstellen, noch obligatorische Rechtsbeziehungen begründen, z. B. der Vertragsantrag, die Spezifikationserklärung beim Kauf nach § 375 HGB., die Genehmigungserklärung des Vormunds.

Die übliche Definition der Verfügung als eines Rechtsgeschäfts, durch das unmittelbar ein Recht übertragen usw. wird, dürfte an Schärfe gewinnen mit der Durchführung des von Othmer S. 104 gemachten Vorschlags, das Wort „unmittelbar" zu ersetzen durch die Worte „ohne Vermittelung eines weiteren Rechtsgeschäfts". Damit wird klargestellt, daß auch die aufschiebend bedingte und die betagte Verfügung als echte Verfügung zu erachten ist, obwohl hier die Rechtsänderung nicht unmittelbar, sondern erst in dem Augenblick eintritt, wo die Bedingung oder die Frist erfüllt ist. Auch wird ein Rechtsgeschäft nicht dadurch seines Charakters als Verfügung entkleidet, daß die Rechtsordnung den wirklichen Eintritt der mit dem Rechts-

geschäft beabsichtigten Rechtsänderung von dem Vorliegen noch weiterer Tatbestandserfordernisse abhängig macht: Die Auflassung ist eine Verfügung, obwohl der Eigentumsübergang sich erst mit der Eintragung ins Grundbuch vollzieht; die Rechtsübertragung eines Minderjährigen ist eine Verfügung, obgleich sie erst mit der Genehmigung des Gewalthabers wirksam wird. Mit Rücksicht hierauf definiert Strohal S. 19 die Verfügung als ein „Rechtsgeschäft, durch dessen Perfektion eine unmittelbare Veränderung eines bestehenden Rechtes herbeigeführt wird". Die Unmittelbarkeit der Rechtsänderung, die der Verfügung wesentlich ist, kann nicht so verstanden werden, daß die rechtsgeschäftliche Erklärung allein und sofort die Rechtsänderung herbeiführen müßte; sie ist vielmehr so aufzufassen, daß die Rechtsänderung auf grund des Rechtsgeschäfts eintritt, ohne daß ein neues Rechtsgeschäft dazu erforderlich wäre; der Unmittelbarkeit steht es nicht entgegen, wenn die Rechtsordnung für den Eintritt der Rechtsänderung selbst noch weitere Voraussetzungen aufstellt, wenn diese nur mit dem Rechtsgeschäft zu einem einheitlichen Ganzen verschmolzen sind, dem Rechtsgeschäfte gegenüber nicht als selbständige Tatbestände erscheinen.

Als einen Mangel der üblichen Definition tadelt Sohm, Gegenstand § 2 S. 7, daß als Gegenstand der Verfügung darin ein Recht bezeichnet werde, während doch die Verfügung den Gegenstand selbst treffe. In der Tat wird durch die Einführung des vieldeutigen Begriffes „Recht" eine Unbestimmtheit in den Begriff der Verfügung hineingetragen. Da allgemein anerkannt wird, daß auch die Aufgabe eines Forderungsrechtes eine Verfügung darstellt, so kann unter dem „Recht" nicht das dingliche

Recht verstanden werden; die Verfügung kommt vielmehr, was regelmäßig hervorgehoben wird, in allen Rechtsgebieten vor. Das Wort „Recht“ der gebräuchlichen Definition kann daher nur so verstanden werden, daß es den Komplex der Befugnisse und Vorteile bezeichnet, die einem Rechtsgenossen kraft seiner Stellung als Rechtsbegünstigtem eines Rechtsverhältnisses zustehen. Indessen dürfte Sohms Bedenken lediglich terminologischer Natur sein, da das, was vom persönlichen Standpunkt aus als Befugnis oder Vorteil erscheint, sich vom sachlichen Standpunkt aus als Gegenstand darstellt: das Recht in dem angegebenen Sinne ist nur der „Gegenstand“ Sohms, aber nicht für sich, sondern vom Standpunkt des Rechtsbegünstigten aus betrachtet. Sachlich bedeutet es daher keinen Unterschied von der üblichen Definition, wenn Sohm — Gegenstand, § 4 S. 23 — das „Verfügungsgeschäft“ bezeichnet als „ein die Rechtslage (die Zuständigkeit, die Art des Daseins) eines bestimmten Gegenstands unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft“.

Allein auch mit Berücksichtigung der bisherigen Ausführungen wird die gebräuchliche Definition der Verfügung einem Merkmal nicht gerecht, das für den Begriff der Verfügung unbedingt wesentlich ist: die Übertragung, Belastung oder Änderung eines Rechtes ist nämlich nicht schlechthin eine Verfügung, sondern nur für die eine Partei der beim Verfügungsgeschäft beteiligten Rechtsgenossen: nicht das Rechtsgeschäft an sich wird als Verfügung bezeichnet, sondern nur der Anteil dessen, der durch das Rechtsgeschäft etwas verliert: der Erwerb eines Rechts stellt keine Verfügung dar: die Okkupation ist keine Verfügung des Okkupanten, wohl aber ist die Dereliktion für

den Derelinquenten eine Verfügung. Demgemäß findet Sohm S. 9 aaO. ein wesentliches Begriffsmerkmal der Verfügung darin, daß sie ein pauperiorem fieri des einen, ein locupletiorem fieri des andern bewirke und erkennt nur dem die Stelle des Verfügenden zu, zu dessen Lasten das Rechtsgeschäft wirkt. Versteht man mit Sohm unter Vermögen den Komplex der Rechte, die von der Rechtsordnung der willkürlichen Benutzung und Verwertung des einzelnen Rechtsgenossen zugewiesen werden, so ist die Verfügung ein Rechtsgeschäft, wodurch der Verfügende einen Gegenstand aus seinem Vermögen ausscheidet. Zu demselben Resultat gelangt Wilutzky im ArchBürgR. Bd. 28 = 1906 S. 56 ff. mit der Formulierung: „Verfügung ist nichts anders als die Herausgabe eines Gegenstandes ganz — Veräußerung — oder teilweise — Belastung, Veränderung — aus dem Vermögen des Verfügenden." Demnach ist es ein wesentliches Begriffsmerkmal der Verfügung, daß sie eine Minderung in der Rechtsstellung des Verfügenden mit sich bringt. Eine Definition der Verfügung würde somit lauten:

> Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das der Verfügende unmittelbar, d. i. ohne Vermittelung eines weiteren Rechtsgeschäfts, ein Recht aus seinem Vermögen ausscheidet.

Mit dieser Definition, die in dem Aufgeben eines Rechts ein wesentliches Begriffsmerkmal der Verfügung erblickt, stimmt auch der Sprachgebrauch überein, der mit der Vorsilbe „ver" stets einen Verlust andeutet; demnach liegt eine Verfügung vor, wenn ein Recht so „gefügt" worden ist, daß ein weiteres „Fügen" nicht mehr vorgenommen werden kann.

Daraus erklärt sich nun die eigentümliche Ausdrucksweise des Gesetzes, das die für die Verfügungen schlechthin angeordnete Unwirksamkeit im § 883 II BGB. ausdrücklich noch auf eine besondere Unterart von Verfügungen ausdehnt. Diese Quasiverfügungen haben die Eigentümlichkeit, daß sie, ebenso wie die Verfügungen, den bisherigen Inhaber des Rechts der Verfügungsgewalt unmittelbar berauben; der Unterschied besteht nur darin, daß diese Wirkung kraft Gesetzes, nicht wie bei den echten Verfügungen, kraft Rechtsgeschäfts eintritt. Sohm nennt diese Quasiverfügungen sehr glücklich: Tatbestände mit Verfügungswirkung: sie liegen vor, wenn kraft Gesetzes dem bisherigen Rechtsinhaber die Verfügungsgewalt über ein Recht ganz oder teilweise entzogen wird. Beispiele dafür sind: die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts, das das Vermögen des Pfandschuldners mindert; der Rechtsverlust des Ehegatten, der durch Entstehung der ehelichen Gütergemeinschaft herbeigeführt wird; der Rechtsverlust, der durch den Rechtserwerb des Gutgläubigen verursacht wird.

Aus der Gleichheit der Wirkungen erklärt sich auch, warum das Gesetz die Verfügungen und die Quasiverfügungen in den Fällen der §§ 161, 184, 353, 499, 883 und 2115 BGB. gleich behandelt.

Nach den obenstehenden Erörterungen über das Wesen des Anspruchs und der Verfügung ergibt sich, welche Gefahren dem Anspruch durch die Verfügungen drohen und damit auch, welche Aufgaben und Wirkungen der V. zugewiesen werden müssen, wenn sie den Anspruch sichern soll:

Da der Anspruch nur aus dem Vermögen des Anspruchsschuldners befriedigt werden kann,

dieses Vermögen aber durch Verfügungen und Quasiverfügungen Einbußen erleidet, so ergibt sich als Aufgabe der V., die Verfügungen und Quasiverfügungen insoweit unschädlich zu machen, als sie die Verwirklichung des Anspruchs gefährden.

Welche Wege de lege ferenda für die Lösung dieser Aufgabe offen stehen, ist bereits S. 47 kurz aufgezählt worden; an dieser Stelle wird zu untersuchen sein, welchen Weg das Gesetz eingeschlagen hat.

Das Gesetz erklärt anspruchsfeindliche Verfügungen für unwirksam.

Der Ausdruck „unwirksam" leidet an entmutigender Unbestimmtheit. Das Gesetz gibt über seinen Inhalt keinen Aufschluß. In der Literatur finden sich folgende Umschreibungen:

Endemann I § 74 Anm. 1 S. 366: Das BGB. gebraucht als allgemeine Bezeichnung für die Tatsache, daß einem Rechtsgeschäft der begehrte Erfolg versagt wird oder entzogen werden kann, nicht mehr den bisher üblichen Ausdruck: Ungültigkeit. Es spricht durchgehends von Unwirksamkeit. ... Ist schlechthin von unwirksamen Rechtsgeschäften die Rede, so muß im einzelnen geprüft werden, welche Unterart darunter zu verstehen sei.

Crome I § 80 S. 345: Der Begriff der Unwirksamkeit ist... sehr weit. Er bezieht sich auf die Richtung, Erfordernisse der Rechtsgeschäfte oder auf deren weitere Wirkungen, sofern sie nur nach irgend einer Richtung hin gegenüber der Parteiabsicht beschränkt sind.

Cosack I § 53 II S. 157: Mangelhaft — worunter offenbar das „unwirksam" des Gesetzes zu ver-

stehen ist — ist ein Rechtsgeschäft, bei welchem die Wirkungen, die das Geschäft gemäß der Willenskundgebung der beteiligten Parteien herbeizuführen bestimmt ist, tatsächlich nicht oder nicht vollständig eintreten.

Goldmann-Lilienthal I § 45 Anm. 1 S. 179: Das Gesetz gebraucht den allgemeinen Ausdruck „unwirksam" um auszudrücken, daß die beabsichtigten Rechtswirkungen eines Rechtsgeschäfts nicht oder nicht im vollen Umfang eintreten.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren, § 115 S. 389: Eine allgemeine Bezeichnung für eine mehr oder minder weitgreifende Ungültigkeit fehlerhafter Rechtsgeschäfte ist Unwirksamkeit derselben. Als unwirksam bezeichnet das BGB. nicht bloß Geschäfte, welchen das Recht jede Anerkennung versagt, sondern auch solche, welchen die Rechtswirksamkeit nach gewissen Richtungen entzogen ist.

Oertmann, Vorbemerkungen zum 3. Abschnitt „Rechtsgeschäfte" Nr. 6 d: Als einen für alle Fälle, wo das Rechtsgeschäft die rechtliche Wirkung von vorneherein nicht erreicht oder die erreichte wieder wegfällt, passenden Namen hatte Windscheid § 82 den der Unwirksamkeit aufgestellt. Diese Bezeichnung verwertet nunmehr im gleichen Sinn auch das neue Recht neben der die Fälle des mangelhaften Errichtungsaktes deckenden Ungültigkeit. Verfehlt ist die Auffassung, daß die Bezeichnungen Unwirksamkeit und Ungültigkeit sich decken, vielmehr ist jene der weitere Begriff, der auch die Fälle [der ausfallenden oder eintretenden Bedingung und des Widerrufs] mitumfaßt.

Löwenfeld-Riezler, Einleitung zum dritten Abschnitt „Rechtsgeschäfte“ V D S. 349: Der Ausdruck „Unwirksamkeit“ wird in der weiteren Bedeutung des Wortes auch für solche Handlungen gebraucht, bei welchen der Mangel der Rechtswirksamkeit nicht auf eine Fehlerhaftigkeit des Tatbestandes zurückzuführen ist. – aaO. V E 4 S. 353: [Nichtigkeit und Anfechtbarkeit] sind keineswegs die einzigen Arten der Unwirksamkeit. Der Begriff der Unwirksamkeit ist ein viel weiterer. Er trifft zu, sobald bei einem Rechtsgeschäfte die gewollte Wirkung ausbleibt, ohne Rücksicht darauf, ob das Ausbleiben der Wirkung in einer Fehlerhaftigkeit des Tatbestandes seinen Grund hat oder in andern Umständen. Es gibt Fälle von Unwirksamkeit, welche sich weder schlechthin als Nichtigkeit noch als Anfechtbarkeit charakterisieren lassen und in welchen man daher von Unwirksamkeit im engeren Sinne spricht, die aber im übrigen sich keineswegs gleichstehen und je nach ihrer Eigenart zu beurteilen sind.

Aus den angeführten Erläuterungen ergibt sich, daß das BGB. mit dem Wort Unwirksamkeit einen positiven Inhalt nicht verbindet; „unwirksam“ ist lediglich die Negation der Vollwirksamkeit und faßt alle die Erscheinungen zusammen, die der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gegenüberstehen. Wenn daher das Gesetz ein Rechtsgeschäft — oder auch einen rechtlich erheblichen Tatbestand: §§ 2000, 1121 II BGB., ebenso „kraftlos“ 1170 II, 1171 II BGB. — für unwirksam erklärt, so ist damit nur gesagt, daß die Rechtsgestaltung, der das Prädikat der Unwirksamkeit zuerkannt wird, nicht ihre sonstigen normalen Wirkungen

äußert. In welcher Richtung, in welchem Umfang und in welcher Zeit dem unwirksamen Tatbestand seine normalen Rechtsfolgen versagt werden und worin seine Mängel bestehen, das ist aus dem vom Gesetz gewählten Ausdruck „unwirksam" nicht zu entnehmen. Es bleibt daher nichts anders übrig als dem Rate Ecks — Vorträge S. 42 — und Endemanns — s. S. 83 — zu folgen und in jedem einzelnen Fall zu prüfen, was das Gesetz mit dem Ausdruck „unwirksam" meinen kann.

Die Untersuchung des Wortes „unwirksam" — vom Begriff der Unwirksamkeit zu reden erscheint gewagt — führt somit zu dem rein negativen, aber trotzdem nicht wertlosen Resultat: aus dem Ausdruck „unwirksam" kann kein Aufschluß darüber erholt werden, in welcher Weise die V. auf anspruchsfeindliche Verfügungen einwirkt. Es ist daher durch Interpretation des Gesetzes, insbesondere des Zweckes der V., zu ermitteln, welchen Inhalt das Gesetz mit dem Ausdruck „unwirksam" verbinden mag.

Da das zu interpretierende Wort mehrere Auslegungen zuläßt, so wird zu prüfen sein, welche Auslegung dem oben dargelegten Zweck des Rechtsinstituts der V. und den übrigen Vorschriften über die V. am ehesten gerecht wird. Diese Methode rechtfertigt sich noch ganz besonders damit, daß das ganze Rechtsinstitut der V. seine Aufnahme ins Gesetz ausschließlich praktischen Zweckmäßigkeitserwägungen verdankt, während es von den Anhängern der Begriffsjurisprudenz aus Gründen der gesetzgeberischen Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit abgelehnt worden war, vgl. Mot. III S. 240 f. Soweit der Zweck der V. als Interpretations-

mittel verwertet werden soll, ist an dem Grundsatz festzuhalten, daß die Sicherung der Anspruchsverwirklichung unter möglichster Schonung des Rechtslebens, aber dabei doch noch in genügendem Maße durchgeführt werden soll; dieses, durch rechtsökonomische Erwägungen schon an und für sich diktierte Postulat erheischt um so mehr genaue Beachtung als der Gesetzgeber selbst dem Wunsche Ausdruck gegeben hat „man werde bei der Normierung der V. nicht über das hinauszugehen haben, was der Zweck der Einrichtung, nämlich die Sicherung des persönlichen Anspruchs, erfordere" Prot. III S. 746.

Die häufigsten Unterarten der Unwirksamkeit sind die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit. Der Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß das nichtige Rechtsgeschäft kraft Gesetzes als nicht vorhanden gilt, während beim anfechtbaren Rechtsgeschäft diese Rechtsfolge erst eintritt, wenn der Anfechtungsberechtigte durch seine Anfechtungserklärung das Rechtsgeschäft vernichtet hat. Demnach ist die Anfechtung eine private Nichtigkeitserklärung. Die Bedenken Jakobis im ArchZivPrax. Bd. 86 S. 51 ff. können de lege lata — § 142 BGB. — nicht berücksichtigt werden.

Die Unwirksamkeit in ihren einzelnen Erscheinungsformen kann wieder absolut oder relativ sein; der erste Fall ist dann gegeben, wenn die Unwirksamkeit oder ihre jeweils vorliegende Unterart von jedermann geltend gemacht werden kann; der Fall der relativen Unwirksamkeit liegt vor, wenn nur bestimmte Personen sich auf die Unwirksamkeit berufen können, z. B. §§ 135, 136 BGB., § 29 KO. Die Unterarten der Unwirksamkeit können dem-

nach absolut oder relativ Rechtsfolgen nach sich ziehen[1].

Die Ansicht, daß eine anspruchsfeindliche Ver-

[1] Endemann I § 74 Anm. 22 wendet sich, wie auch Crome I § 80 Anm. 31; Planck Vorbemerkung zum dritten Abschnitt „Rechtsgeschäfte" No. VII S. 104; Gareis zu § 139 Nr. 3; Reichel S. 111 Anm. 1, gegen den Ausdruck „relative Nichtigkeit" mit der Begründung, er sei ein widerspruchsvoller Zwitterbegriff: denn was nicht vorhanden sei, könne auch nicht in einigen Beziehungen wirken. Der Angriff geht fehl: wenn das Gesetz anordnet, daß die fraudulose Verfügung des Kridars relativ nichtig sei, so ist damit diese Verfügung nicht, wie Endemann sich ausdrückt, zu einer „nicht vorhandenen" geworden; die Tatsache, daß der Kridar den Tatbestand der Verfügung erfüllt hat, kann keine Rechtsordnung aus der Welt schaffen: sie kann lediglich die Rechtserheblichkeit dieser Verfügungshandlung negieren und sie zur rechtlich irrelevanten Tatsache degradieren. Dabei steht es aber der Rechtsordnung durchaus frei, diese Aufhebung der Rechtserheblichkeit auf einen bestimmten Kreis von Rechtsgenossen zu beschränken. Demgemäß ist der Ausdruck „relative Nichtigkeit" dahin zu verstehen, daß die Nichtigkeit auf einen gewissen Kreis von Rechtsgenossen beschränkt ist, während alle andern Rechtsgenossen sich nicht darauf berufen können. Freilich wird unter Nichtigkeit regelmäßig die absolute Nichtigkeit verstanden; allein in dem Ausdruck „relative Nichtigkeit" ist selbstverständlich das Wort Nichtigkeit in seiner eigentlichen, nicht in seiner qualifizierten Bedeutung zu verstehen und bezeichnet damit lediglich die Eigenschaft eines normal rechtserheblichen Tatbestandes, daß er von der Rechtsordnung ignoriert wird. Dem auch von Löwenthal-Riezler S. 350 verteidigten Ausdruck: „relative Unwirksamkeit" gegenüber ist die Formel „relative Nichtigkeit" deswegen vorzuziehen, weil sie darauf hinweist, daß die normalen Rechtsfolgen kraft Gesetzes, ohne Anfechtungserklärung und von Anfang an ausbleiben, während die „relative Unwirksamkeit" die Fälle der Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und der schwebenden Unwirksamkeit mit umfassen würde. Der engere Begriff verdient aber wegen seiner größeren Bestimmtheit den Vorzug vor dem weiteren Begriff. An der „relativen Nichtigkeit" halten fest: Cosack I § 53 II 1b S. 157; Jäger Anm. 6 zu § 7; Enneccerus I § 189 III S. 478.

fügung absolut nichtig sei, wird von Cosack § 177 II 1 c S. 24, Fuchs Bem. 7 cc β zu § 883 S. 112 und anscheinend von Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 515 vertreten. Dem steht zunächst der Wortlaut des § 888 BGB. entgegen, der mit den Worten „gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die V. besteht" mit aller Deutlichkeit auf eine nur relative Unwirksamkeit hinweist. Außerdem ist für die Vertreter dieser Ansicht die Existenz des § 888 BGB. nicht erklärlich; denn wenn die anspruchsfeindliche Verfügung ohne weiteres nichtig ist, so greift in allen Fällen der Berichtigungsanspruch des § 894 BGB. ein und der im § 888 BGB. statuierte Anspruch auf den „Realisationskonsens" Reichel S. 118 — wäre eine gesetzgeberische Tautologie. Da endlich mit der Unwirksamerklärung ausschließlich der gesicherte Anspruchsgläubiger privilegiert werden soll, würde es weit über den Zweck der Bestimmung hinausgehen, wenn man auch Dritten die Berufung auf die Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Verfügung gestatten wollte; die Unwirksamkeit dieser Verfügung ist daher nur als eine relative zu betrachten und zwar kann sich ausschließlich der gesicherte Anspruchsgläubiger darauf berufen. Insbesondere ist auch der Inhaber eines anspruchsfeindlichen Rechts selbst oder der Inhaber eines diesem Recht im Range nachstehenden Rechts nicht befugt, die Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Verfügung geltend zu machen. Die communis opinio geht denn auch dahin, daß unter Unwirksamkeit im § 883 II BGB. die relative Unwirksamkeit zu verstehen ist: Reichel S. 111; Predari § 8 IV 1 S. 202; Turnau-Förster Bem. II 4 zu § 883, S. 197 und Bem. II 4 zu § 888 S. 230; Leyser S. 15 6; Bongartz S. 30/1; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 515; Neumann in der

JW. 1902 S. 456; Planck Bem. 3a zu § 883; Kober Bem. V 1 aα zu § 883 S. 142; Sekler § 17 I 3 S. 173.

Der Ausdruck unwirksam kann aber auch nicht in dem Sinn von anfechtbar verstanden werden, denn es ist im Gesetz nirgends von einer Anfechtungserklärung oder überhaupt von einer Erklärung die Rede, die man als Anfechtungserklärung oder deren Surrogat auffassen könnte; demgemäß findet sich diese Deutung nur ein einziges Mal in der Literatur: Böhm, Bem. III H zu § 883 S. 45 bezeichnet die Unwirksamkeit des § 883 II BGB. ohne Begründung als Anfechtbarkeit.

Die herrschende Ansicht faßt die Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Verfügung als eine relative Unwirksamkeit auf; bezüglich des Zeitpunkts, wo diese Unwirksamkeit eintritt, lassen sich drei Gruppen von Ansichten unterscheiden:

1. Die anspruchsfeindliche Verfügung ist von Anfang an zu Gunsten des gesicherten Gläubigers, somit relativ, nichtig;

2. Die Wirksamkeit der anspruchsfeindlichen Verfügung ist zunächst noch in der Schwebe; die Verfügung wird wirksam, wenn der gesicherte Gläubiger sein Recht aus der V. nicht geltend macht; bis dahin ist jedoch die Verfügung relativ unwirksam.

3. Die anspruchsfeindliche Verfügung ist zunächst wirksam; wird jedoch die anspruchsmäßige Verfügung getroffen oder wird der Anspruch „liquid gestellt", so wird die anspruchsfeindliche Verfügung mit rückwirkender Kraft hinfällig.

Diese drei Gruppen haben den Satz gemeinsam, daß die Unwirksamkeit auf den Zeitpunkt bezogen werden müsse, wo die anspruchsfeindliche Verfügung erfolgt ist. Im einzelnen wird dieser Grundsatz verschieden formuliert, wobei eine unzweideutige, be-

grifflich scharfe Ausdrucksweise manchmal vermißt werden muß; es finden sich Wendungen wie: die anspruchsfeindlichen Rechtsänderungen stünden unter der durch den Sicherungszweck begrenzten auflösenden Bedingung; mit der Eintragung der V. werde die Verfügungsmacht des Anspruchschuldners beschränkt; es werde der Rechtszustand, der im Augenblick der Eintragung der V. bestehe, bis zur Herbeiführung der beanspruchten Rechtsänderung fixiert; die anspruchsfeindliche Verfügung sei mit einem Mangel behaftet; die beanspruchte Rechtsänderung werde in materieller Beziehung ganz so gesichert, wie wenn sie zu der Zeit, bezw. an Stelle der V. erfolgt wäre; die Wirksamkeit der anspruchswidrigen Verfügung sei in der Schwebe; die anspruchsfeindliche Verfügung werde rückwärts aufgelöst, wenn der gesicherte Anspruch Bestand habe.

Alle diese Auffassungen leiden an dem Mangel, daß sie die anspruchsfeindliche Verfügung von Anfang an oder mit rückwirkender Kraft für unwirksam erklären; was Reichel S. 141 bemerkt: „eine Rückziehung dahin, daß bei definitiver Eintragung des Rechts die Fiktion Platz griffe, das Recht sei schon durch Eintragung der V. eingetragen worden, ist weder im Gesetz noch in der Vernunft der Sache begründet" — dies gilt auch uneingeschränkt für eine Rückziehung dahin, daß eine anspruchsfeindliche Verfügung von Anfang an unwirksam sei oder als von Anfang an unwirksam behandelt werden müsse.

Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß mit dieser rechtlichen Regelung die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs vollauf gewährleistet wäre; allein gegen diese Auffassung spricht die Tatsache, daß sie über das Maß des Notwendigen, eben noch genügenden, hinausgeht und damit gegen das S. 87

aufgestellte Prinzip der Rechtsökonomie verstößt: da jedes unwirksame Rechtsgeschäft die Sicherheit des Rechtsverkehrs gefährdet, so ist die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach Inhalt und Dauer auf das geringste noch zweckentsprechende Maß zu beschränken. Handelt es sich nun um die Sicherung eines Anspruchs, so darf nicht außer Acht bleiben, daß ein Anspruch während seiner Lebensdauer verschiedenen Einwirkungen ausgesetzt ist: er kann durch Übereinkunft der Parteien in Bezug auf Inhalt, Leistungszeit, Modalitäten der Leistung verändert werden, er kann durch Erlaß, Annahme an Erfüllungsstatt, Konfusion, Rücktritt, Anfechtung untergehen, kann seine Erledigung finden in völlig anderer Weise als ursprünglich geplant war. Deshalb ist es stets zweifelhaft, ob ein Anspruch durch die ursprünglich beabsichtigte Befriedigung erledigt werden wird, oder ob er nicht auf eine andere Weise gegenstandslos wird. Im letzteren Falle wäre es aber offenbar zwecklos, die ursprünglich geplante Verwirklichung des Anspruchs gesichert zu haben; denn der Anspruch mit dem ursprünglichen Inhalt ist ja ohne Bedeutung geworden. Dem Postulat der Rechtsökonomie würde daher eine Sicherung des Anspruchs angemessen erscheinen, die erst in dem Zeitpunkt wirksam wird, wo mit Sicherheit feststeht, daß der zu sichernde Anspruch auch seine eigentümliche Befriedigung findet; denn wenn die Sicherung eintritt, bevor feststeht, daß der Anspruch sicherungsbedürftig und sicherungswürdig ist, so werden durch die zur Sicherung bestimmte Unwirksamkeit gewisser Rechtsgeschäfte für die Rechtsgenossen Nachteile geschaffen, denen möglicherweise keine Vorteile des gesicherten Gläubigers gegenüberstehen.

Nun ist oben — S. 82/3 — als Aufgabe der V. festgestellt worden: dem durch Verfügungen oder Quasiverfügungen herbeigeführten Mangel der Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners entgegenzuwirken. Andererseits steht in dem Zeitpunkt, wo der Anspruchsschuldner die zur Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsänderung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgibt, mit aller Sicherheit fest, daß der Anspruch seine bestimmungsgemäße Erledigung findet. Wenn daher die V. in diesem Augenblick bewirkt, daß der Mangel der Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners der Verwirklichung des Anspruchs nicht mehr entgegensteht, so ist die Aufgabe der V. erfüllt und zugleich dem Postulat der Rechtsökonomie Genüge getan. Diese Wirkung könnte die V. unter der Rechtsfigur der Fiktion beigelegt werden; der entsprechende Rechtssatz würde lauten:

> Vermöge der V. gilt zu Gunsten des gesicherten Anspruchsgläubigers der Anspruchsschuldner befugt, den vormerkungsweise gesicherten Anspruch zu befriedigen.

Hieraus ergäben sich die nachstehenden Folgesätze: Die anspruchsfeindliche Verfügung ist vollkommen und jedermann gegenüber ohne Einschränkung vollwirksam; der Anspruchsschuldner verliert damit auch die Verfügungsmacht über den belästigten Gegenstand. Trifft er jedoch die zur Verwirklichung des gesicherten Anspruchs erforderlichen Verfügungen, so gilt sein Mangel der Verfügungsmacht als behoben; die Folge ist, daß die anspruchsmäßige Verfügung vollwirksam ist, und daß jede ihr widerstreitende Rechtsgestaltung weichen muß.

Wird die Wirkung der V. in diesem Sinne geregelt, so erfüllt die V. zunächst ihren Sicherungs-

zweck in völlig ausreichendem Maße: denn der Mangel in der Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners, der die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs gefährdet, wird durch die Fiktion behoben, daß der Anspruchsschuldner befugt sei, den Anspruch zu verwirklichen; damit sind alle anspruchsfeindlichen Verfügungen unschädlich gemacht. Die dargelegte Regelung entspricht aber auch dem Grundsatz der Rechtsökonomie: denn die anspruchsfeindliche Verfügung wird nur dadurch unwirksam, daß sie durch die Herbeiführung der unter V.-schutz beanspruchten Rechtsgestaltung verdrängt wird; damit ist eine überflüssige Sicherung ausgeschlossen.

Es wird jedoch noch einer Prüfung der Frage bedürfen, ob diese de lege ferenda befriedigende Regelung mit dem Gesetz vereinbar ist.

Zunächst erklärt sich damit ungezwungen die Tatsache, daß die anspruchsfeindliche Verfügung nur insoweit unwirksam ist, als sie den gesicherten Anspruch beeinträchtigen würde: dies rührt daher, daß vermöge der Fiktion der Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners die anspruchsmäßige Rechtsänderung vollgültig eintritt und damit jede ihr widerstreitende Rechtsgestaltung verdrängt, aber auch nur insoweit verdrängt, als es ihre eigene Existenz verlangt. Deswegen wird eine anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung nicht etwa schlechthin vernichtet, sondern ihre Unwirksamkeit äußert sich verschieden je nach der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung – sachlich relative Unwirksamkeit; vgl. Kober Bem. V 1 a δ zu § 883, S. 143; Sekler § 17 I 2 S. 168; Reichel S. 111. In vielen Fällen wird die ganze Unwirksamkeit sich darin äußern, daß ein anspruchswidrig bestelltes Recht am Grundstück durch die

unter V.-schutz erfolgende Verwirklichung des Anspruchs eine Einbuße in seinem Rang erleidet.

Ein zwingender Beweis dafür, daß die anspruchsfeindliche Verfügung erst mit der Verwirklichung des gesicherten Anspruchs unwirksam wird, ist aus § 888 BGB. abzuleiten; diese Bestimmung gibt dem gesicherten Gläubiger gegen den Erwerber eines anspruchsfeindlichen Rechts den Anspruch auf Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung, die zur Verwirklichung des durch die V. gesicherten Anspruchs erforderlich ist. Wäre nun die anspruchsfeindliche Verfügung in irgend einem Zeitpunkt vor der Verwirklichung des gesicherten Anspruchs unwirksam geworden, so könnte der gesicherte Gläubiger vermöge dieser Unwirksamkeit gemäß § 894 BGB. die Berichtigung des Grundbuches erzwingen; denn es unterliegt keinem Zweifel, daß auch die nur relative Unwirksamkeit dem, zu dessen Gunsten sie besteht, den Berichtigungsanspruch verleiht — was Leyser S. 25 ff. ausführlich dargetan hat. Wenn aber der Anspruchsgläubiger kraft der zu seinen Gunsten bestehenden Unwirksamkeit die anspruchsfeindliche Verfügung auf Grund des § 894 BGB. zu Fall bringen kann, so ist es überflüssig, ihm noch den Anspruch auf Realisationskonsens zu geben. Trotzdem hat dies das Gesetz im § 888 BGB. getan; demnach sind die Gesetzgeber offenbar von der Ansicht ausgegangen, daß der gesicherte Gläubiger mit dem Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. nicht zu seinem Ziele kommt; dies setzt aber voraus, daß vor der Verwirklichung des Anspruchs die im Grundbuch verlautbarte anspruchsfeindliche Verfügung vollgültig sein muß. Mit der Aufnahme des § 888 BGB. haben also die Gesetzgeber einen Fingerzeig dafür gegeben, daß die Unwirksamkeit des

§ 883 II BGB. nicht vor der Verwirklichung des gesicherten Anspruchs eintreten kann.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß § 888 BGB. vom „Erwerb" und „Erwerber" eines anspruchsfeindlichen Rechtes spricht; wäre die anspruchsfeindliche Verfügung von Anfang an unwirksam, so könnte ein Erwerb gültig nicht stattfinden [1].

Während also die hier aufgestellte Ansicht von der Wirkung der V. mit dem Geiste des Gesetzes wohl vereinbar ist, steht sie mit seinem Wortlaut in zwei Punkten im Widerspruch:

§ 883 II BGB. spricht aus, daß eine anspruchsfeindliche Verfügung unwirksam *ist*, nicht: *wird*. Hieraus glaubt Leyser [2] S. 12 ff. schließen zu müssen, daß die Verfügung von Anfang an als unwirksam zu behandeln sei. Es erscheint jedoch fraglich, ob dem Ausdruck des Gesetzes wirklich so weittragende Bedeutung beigemessen werden darf; wie S. 85 6

[1] Es darf allerdings nicht verschwiegen werden, daß dieses Argument auf schwachen Füßen steht, weil das Gesetz vielfach auch nichtige Rechtsgestaltungen einfach mit dem Namen der vollwirksamen Rechtsgestaltung bezeichnet: so werden im § 1324 II BGB. die in nichtiger Ehe Lebenden als Ehegatten bezeichnet und § 141 BGB. spricht sogar von der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Der Ausdrucksweise des Gesetzes darf daher keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden. Das Argument Seklers § 17 I 2a S. 169, der aus dem Wortlaut der Vorschriften über das sog. dingliche Vorkaufsrecht — §§ 1099, 1100, 1102 BGB. — den oben versuchten Beweis für die V. führen möchte, ist schon deshalb bedenklich, weil, abgesehen von der Unsicherheit der gesetzlichen Ausdrucksweise, § 1098 II BGB. nicht ohne weiteres dazu berechtigt, die Vorschriften über das sog. dingliche Vorkaufsrecht für die V. zu verwerten; § 1098 II BGB. schreibt vielmehr das umgekehrte Verhältnis vor.

[2] Wohl im Anschluß an Planck, Vorbem. z. 3. Absch. d. 1. B. Bem. IV 6 S. 182.

ausgeführt wurde, bedeutet der Ausdruck: „Die Verfügung ist unwirksam“ nur, daß der Verfügung ihre vollen normalen Rechtsfolgen nicht zukommen; darüber, wann ein Mangel eintritt, braucht damit noch nichts ausgesagt zu sein. Allerdings unterscheidet § 185 BGB. zwischen dem wirksam Sein und dem wirksam Werden einer Verfügung; allein dies ist noch kein zwingender Anlaß, die beim positiven Begriff der Wirksamkeit gewählte Ausdrucksweise auf den negativen Begriff der Unwirksamkeit zu übertragen. Außerdem sind die Feinheiten in der Ausdrucksweise des BGB. trotz der Sorgfalt der Redaktionskommission bekanntlich doch nicht ausnahmslos durchgeführt worden; besonders bei der Regelung der V., wo sich die Kommission über die genauen Wirkungen der V. wenig klar und einig war, ist es bedenklich, aus dem Wortlaut einer Bestimmung weitgehende Schlüsse zu ziehen. Der Zweck des Rechtsinstituts der V. und der Zusammenhang der Bestimmungen der §§ 883 II und 888 BGB. nötigt zu der Auffassung, daß erst mit der Verwirklichung des gesicherten Anspruchs die anspruchsfeindliche Verfügung verdrängt wird; diesem Resultat gegenüber kann die Unebenheit in der gesetzlichen Ausdrucksweise nicht ins Gewicht fallen. Ebenso Endemann § 65 Anm. 54.

Die zweite Ungenauigkeit bildet der Ausdruck „Verfügung“ im § 883 II BGB. — der bisher im Anschluß an den Gesetzestext ebenfalls gebraucht worden ist. Wie Endemann § 65 Anm. 54 hervorhebt, wird nicht die Verfügung, sondern die durch die Verfügung bewirkte Rechtsänderung von der Unwirksamkeit betroffen. Die Verfügung, d. h. das Rechtsgeschäft, selbst ist und bleibt von Anfang an vollwirksam; aber die durch die Verfügung herbei-

geführte Rechtslage muß, wenn die beanspruchte Rechtsgestaltung ins Leben tritt, dieser Platz machen: nicht das Rechtsgeschäft, sondern die durch das Rechtsgeschäft bewirkte Rechtsgestaltung ist vernichtbar. Daß das Gesetz die Verfügung, nicht aber die dadurch herbeigeführte Rechtsgestaltung für „unwirksam" erklärt, hindert nicht, die Wirkung der V. in dem oben ausgeführten Sinn zu verstehen; denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen der Verfügung und ihrer Wirkung: Beweis hiefür ist die Bestimmung des § 185 II BGB.; dort läßt das Gesetz eine Verfügung wirksam werden und meint damit, daß die Rechtsgestaltung, die durch die mangelhafte Verfügung hätte entstehen sollen, vom Zeitpunkt des Erwerbes oder des Erbfalles ab vollwirksam ins Leben treten soll; und zwar kann dieses wirksam Werden nicht darauf zurückgeführt werden, daß rückwirkend dem Verfügungsgeschäft der Mangel benommen würde: denn im Gegensatz zu dem im § 185 II BGB. ebenfalls geregelten Fall der Genehmigung, die auf den Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung zurückwirkt — § 184 I BGB. — ist beim Erwerb und Erbfall die mit der Verfügung beabsichtigte Rechtsgestaltung bis zu dem die Konvaleszenz bewirkenden Tatbestandsmerkmal noch nicht zu stande gekommen.

Nach diesen Ausführungen ist es mit dem Gesetze wohl zu vereinbaren, wenn der V. die S. 93 formulierte Rechtsfolge zugesprochen wird.

Die Fiktion der Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners soll nun nach dem Wortlaut des Gesetzes eintreten, wenn der Schuldner durch eine Verfügung oder durch eine der im § 883 II 2 BGB. aufgezählten Quasiverfügungen seine Verfügungsmacht verloren hat. Nun gibt es aber außerdem eine Reihe von „Tat-

beständen mit Verfügungswirkung“ (vgl. S. 82), die das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht; außer den S. 82 genannten Beispielen sei noch auf das gesetzliche Entstehen einer Sicherungshypothek im Fall des § 1287 BGB. hingewiesen. Es muß angenommen werden, daß die Fiktion allen Tatbeständen mit Verfügungswirkung gegenüber durchgreift. Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß diese Ansicht mit dem Gesetz kaum zu vereinbaren ist; denn wenn das Gesetz die Unwirksamkeit auf alle Tatbestände mit Verfügungswirkung hätte ausdehnen wollen, so hätte es sich, wie Löwenfeld-Riezler Anm. 5 zu § 184 S. 609 bemerken, „in einen schwer verständlichen Widerspruch gesetzt mit einer elementaren Forderung der modernen Gesetzestechnik, welche doch da, wo sie einen allgemeinen Rechtssatz aufstellen will, nicht kasuistisch bloße Beispiele anführt, ohne sie als solche zu kennzeichnen.“ Auch Sohm, Gegenstand § 2 Anm. 21 S. 15 betont, daß der gesetzliche Erwerb mit dem Verfügungserwerb nicht gleichgesetzt werden dürfe; ebenso Seligsohn, zit. bei Wilutzky im Arch. Bürg. R. 1906 S. 71: „Es geht nicht an, den Begriff der Verfügung auf solche Fälle auszudehnen, in welchen z. B. das Entstehen eines Pfandrechts lediglich Folge des Rechtsgeschäfts ist [d. h.: mittelbare Folge], das die Parteien vornehmen. — Gesetzliche Reflexwirkungen eines Rechtsgeschäfts sind noch keine Verfügungen, noch viel weniger aber unmittelbar ex lege eintretende Folgen, so daß auch das Verjährenlassen einer Forderung nicht hieher gehört.“ Endlich Reichel S. 108: „Nur Verfügungen sind eventuell unwirksam. Auf Rechtserwerb [genauer wohl: Rechtsverlust!] ex lege bezieht sich § 883 nicht.“ Allein trotz diesen wohl begründeten Bedenken muß doch die „Elisions-

kraft“ der V. auch auf die Tatbestände mit Verfügungswirkung ausgedehnt werden, um nicht eine geradezu verlockende Gelegenheit zum Kolludieren zu bieten. Wollte man die Elisionskraft auf eigentliche und die § 883 II 2 BGB. genannten Quasiverfügungen beschränken, so wäre nichts einfacher als die Elisionskraft der V. illusorisch zu machen. Hat A dem B die Übertragung seines Grundstücks versprochen und ist für diesen Anspruch eine V. eingetragen worden, so kann A keine Hypothek mehr bestellen, die dem B gegenüber wirksam wäre; entsteht jedoch die Hypothek kraft Gesetzes, so wäre sie, nach der zu widerlegenden Ansicht, dem gesicherten Gläubiger B gegenüber wirksam; um nun eine gesetzliche Hypothek ins Leben zu rufen, verfährt A folgendermaßen: er verspricht seinem Strohmann C die Übertragung des Grundstücks; C bestellt an diesem Anspruch für D, dem A eine Hypothek von bestimmter Höhe verschaffen will, ein Pfandrecht in dieser Höhe — §§ 1273, 1274, 1280 BGB. A überträgt vormerkungswidrig das Grundstück an C und D gemeinschaftlich; damit erwirbt C kraft Verfügung das Eigentum, D kraft des Gesetzes eine Sicherungshypothek in der gewünschten Höhe — § 1281, 1287 BGB. Erwirbt nun B anspruchsgemäß das Eigentum, so ist der Rechtserwerb des C dem Anspruch gegenüber „unwirksam“, da er durch Verfügung geschehen ist; die Hypothek des D aber wäre, da sie weder durch Verfügung, noch durch Quasiverfügung erworben ist, dem B gegenüber trotz der V. wirksam. Oder es wäre auf folgende Art eine Umgehung der Vorschriften über die V. denkbar: hat A für B eine Auflassungs-V. eintragen lassen und will er trotzdem das Grundstück dem D in die Hände spielen,

so braucht er nur dem D das Grundstück zum Eigenbesitz zu überlassen und ihn als Eigentümer ins Grundbuch eintragen zu lassen; erwirbt nun D nach dreißig Jahren durch Ersitzung kraft Gesetzes das Eigentum am Grundstück — § 900 I BGB. — so verliert A das Grundstück kraft Gesetzes, nicht durch Verfügung oder Quasiverfügung; B hat trotz der V. zwar nicht seinen Anspruch, wohl aber seine vormerkungsmäßige Sicherung verloren und muß das Eigentum des D gegen sich gelten lassen. Um solche Umgehungen des Gesetzes zu verhindern, muß die Elisionskraft der V. auf alle Tatbestände mit Verfügungswirkung ausgedehnt werden; es kann dies um so unbedenklicher geschehen, als der Zweck der V., den Anspruchsgläubiger gegen die Folgen des schuldnerischen Unvermögens zu sichern, für die Tatbestände mit Verfügungswirkung ebenso zutrifft wie für echte Verfügungen; eine erhebliche Erweiterung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus findet damit deshalb nicht statt, weil die Tatbestände mit Verfügungswirkung die nach Abzug der vom Gesetz genannten Verfügungen und Quasiverfügungen noch übrig bleiben, keine große Rolle spielen. Mit einer verhältnismäßig unbedeutenden Korrektur des Gesetzes darf daher die Elisionskraft der V. auf alle Tatbestände mit Verfügungswirkung ausgedehnt werden. Dies ist auch die herrschende Meinung in der Literatur, vgl. Fuchs Bem. 7 b b β zu § 883 S. 111; Predari § 8 IV 1 S. 201; Sekler § 17 III 1 b S. 180; Planck Bem. 3 a zu § 883; Biermann S. 155; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 518 Anm. 54, Willenbücher Bem. 7 zu § 883 S. 21; Bongartz S. 32. A. M. Reichel S. 108; Kober Bem. V 1 d zu § 883, S. 143.

Es ist daher gleichgültig, auf welchen Gründen

der Verlust der Verfügungsmacht des Anspruchsgläubigers beruht, in jedem Fall geht die essentielle Wirkung der V. dahin, daß der Anspruchsschuldner zu Gunsten des gesicherten Gläubigers als befugt fingiert wird, den gesicherten Anspruch zu verwirklichen.

§ 6.

Der Anspruch auf den Realisationskonsens.

Der § 888 BGB. bestimmt:

> Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechtes oder eines Rechtes an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

Die nicht einwandfreie Fassung dieser Bestimmung hat zu verschiedenartigen Deutungen geführt. Um die Interpretation zu erleichtern, soll zunächst der Zweck der Vorschrift erforscht werden. Die Prot. III S. 746 berichten über die Ansichten und Absichten der Kommission folgendes:

> Der Zweck der Einrichtung [der V.] lasse sich auch erreichen, wenn man ... ausspreche, daß zwar der Anspruch, wegen dessen die V. eingetragen sei, gegen den ursprünglichen Schuldner geltend gemacht werden müsse, daß aber der jeweilige Eigentümer seine grundbuchmäßige Zustimmung zur Verschaffung des in Rede stehenden Rechtes zu geben habe. ... Im Interesse der Praxis werde

es sich empfehlen, eine Entscheidung im Gesetze zu geben, in welcher Weise der Gläubiger sein Recht gegen den eingetragenen Eigentümer zur Durchführung zu bringen habe.... Den bisherigen Beschlüssen entspreche es, den Berichtigungsanspruch des § 834 in dem Sinne zu erweitern, daß der Gläubiger von dem eingetragenen Eigentümer die grundbuchmäßige Zustimmung zur Realisierung seines Rechts, dessen Verschaffung übrigens von dem persönlichen Schuldner zu verlangen sei, fordern könne.

Aus diesen Erwägungen verwarf die Kommission den Antrag 1 — Prot. III S. 740 —, der den gesicherten Anspruch zu einer obligatio in rem scripta ausbilden wollte — vgl. § k a. E. — und nahm den Antrag 3 — Prot. III S. 743 — an, der mit ausschließlich redaktionellen Änderungen als § 888 BGB. zum Gesetz geworden ist.

Der Gedankengang der Kommission war folgender: Da der Anspruch dadurch, daß er eine vormerkungsmäßige Sicherung erhält, weder seinen Inhalt noch seine Richtung ändert, so kann er nach wie vor der Eintragung der V. ausschließlich gegen den Schuldner des gesicherten Anspruchs geltend gemacht werden. Hat sich der Schuldner durch eine anspruchswidrige Verfügung außer Stand gesetzt, die beanspruchte Rechtsgestaltung herbeizuführen (oder ist diese Folge durch einen Tatbestand mit Verfügungswirkung entstanden), so ändert das regelmäßig nichts an der Verpflichtung des Anspruchsschuldners; ist infolge der eingetretenen Rechtsänderung zur Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung die Mitwirkung eines Dritten erforderlich, so ist der Schuldner kraft des Anspruchs verpflichtet, diese Mitwirkung des Dritten zu be-

schaffen: er muß den Dritten dazu veranlassen die Erklärungen abzugeben, durch die die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung herbeigeführt und damit die anspruchswidrige Rechtslage des Dritten vernichtet wird.

Offenbar war nun die Kommission nicht der Ansicht, daß der gesicherte Gläubiger selbst vermöge der Unwirksamkeit der das Recht des Dritten begründenden Verfügung (bezw. des Tatbestands mit Verfügungswirkung) den Dritten aus seiner anspruchswidrigen Rechtsstellung verdrängen könne; sonst hätte sie es nicht für nötig befinden können, ihm hiezu eine besondere rechtliche Handhabe zu geben. Insbesondere geht daraus hervor, daß es die Kommission für unzulässig erachtete, daß der gesicherte Gläubiger einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gegen den Dritten geltend machte mit der Begründung: Das Grundbuch weise eine Rechtsstellung des Dritten aus, die er als gesicherter Gläubiger nicht gegen sich brauche gelten lassen; denn der Rechtserwerb des Dritten sei ihm gegenüber unwirksam; der Dritte sei daher verpflichtet, den Inhalt des Grundbuchs in Einklang zu bringen mit der materiellen Rechtslage. Einen solchen, auf den Wortlaut des § 883 II BGB. (der jetzigen Fassung) gestützten Anspruch, der dem gesicherten Gläubiger eine genügende Handhabe geboten hätte, die Verwirklichung seines Anspruchs auch dem Dritten gegenüber durchzusetzen, hat die Kommission für unzulässig erachtet.

Den Erwägungen der Kommission liegt der Satz zu grunde, daß der gesicherte Gläubiger in seine beanspruchte Rechtsstellung nur unter den Voraussetzungen eintritt, die allgemein für Entstehung, Änderung und Aufhebung von Rechten im Gebiet des

Liegenschaftsrecht gelten: die V. entbindet ihn nicht von der Notwendigkeit, zur Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung die Tatbestandsmerkmale zu erfüllen, an die allgemein, auch wenn keine V. gegeben ist, die Rechtsänderung geknüpft ist. Zur Begründung der Rechtsstellung, die das Ziel eines sicherungsfähigen Anspruchs sein kann, ist regelmäßig Einigung und Eintragung erforderlich — nach einer viel vertretenen, aber nicht einwandfreien Ansicht — vgl. S. 63/4 — ist ein Anspruch überhaupt nur dann der Sicherung durch eine V. fähig, wenn seine Befriedigung eine Eintragung ins Grundbuch erfordert —. Die Eintragung aber soll nach § 19 GBO nur erfolgen, wenn der durch sie Betroffene seine Bewilligung der Eintragung erklärt hat. Ist auf Grund dieser Bestimmung die Mitwirkung eines Dritten erforderlich, weil nur er, nicht aber der Anspruchsschuldner die erforderliche Eintragung bewilligen kann, so muß der Anspruchsschuldner, um den Anspruch zu befriedigen, auch die Bewilligung des Dritten verschaffen. Ob er aber hiezu in der Lage ist, bemißt sich nach dem Rechtsverhältnis, das zwischen ihm und dem Dritten besteht und auf dessen Gestaltung der Anspruchsgläubiger keinen Einfluß hat. Damit nun der Anspruchsgläubiger nicht den Abmachungen seines Schuldners und des Dritten ausgeliefert sei, hat die Kommission ihm den Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses gegen den Dritten gegeben, so daß er aus eigenem Recht auch die Eintragung ins Grundbuch erwirken kann.

Diese Erwägungen der Kommission sind durch die Aufnahme des daraus entsprungenen § 888 BGB. ins Gesetz sanktioniert worden; sie dürfen daher bei der Interpretation der sehr interpretationsbe-

dürftigen Bestimmungen über die V. nicht außer Acht gelassen werden.

Es wird ein starkes Argument für die Richtigkeit der oben gegebenen Darstellung über die Sicherungswirkung der V. bedeuten, wenn sich zeigen läßt, daß die Vorschriften des § 888 BGB. die mit dem § 883 II BGB. unverkennbar im engsten Zusammenhang stehen, sich zwanglos in den Gedankengang einfügen, der zur Aufstellung des Satzes von der Fiktionswirkung der V. geführt hat.

Nach den oben gegebenen Ausführungen ist die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung von Anfang an vollständig und jedermann gegenüber voll wirksam; auch der gesicherte Gläubiger selbst macht hiervon keine Ausnahme: wer im Widerspruch mit einer Auflassungs-V. Eigentum am belästigten Grundstück erwirbt, ist in jeder Beziehung als Eigentümer zu betrachten; das Grundstück ist s e i n Grundstück; so mit aller Schärfe RG. Bd. 53 S. 32. Aus dieser Rechtsstellung wird der Dritte erst dadurch verdrängt, daß der gesicherte Gläubiger in seine beanspruchte Rechtsstellung eintritt; diesen Eintritt kann allerdings der Dritte trotz seiner dinglichen Rechtsstellung nicht verhindern, sondern ist obligatorisch sogar zur Mitwirkung dazu verpflichtet. Die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung ist also trotz ihrer Vollgültigkeit mit einem, nicht etwa rechtlichen, sondern tatsächlichen, Mangel behaftet: sie ist vernichtbar. Während sonst jede Rechtsgestaltung durch den rechtsgeschäftlichen Willen des Berechtigten zerstört werden kann — man spricht dann von Verfügung — liegt hier einer der Fälle vor, wo dies ohne den Willen des Berechtigten geschehen kann. Infolgedessen befindet sich die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung in einem besonders ge-

arteten Zustand der Vernichtbarkeit, der als „potentielle Unwirksamkeit“ bezeichnet werden soll[1].

Diese potentielle Unwirksamkeit wird zur aktuellen Uwirksamkeit mit dem Augenblick, wo die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung ins Leben tritt und mit relativer Wirkung alle entgegenstehenden Rechte verdrängt. Die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung aber tritt ins Leben wie alle Rechtsänderungen des Liegenschaftsrechts, nämlich regelmäßig durch Einigung und Eintragung. Die Einigungserklärung des Anspruchsschuldners ist auch dann vollkommen wirksam, wenn er durch eine Verfü-

[1] Ungenau ist es, von bedingter Unwirksamkeit zu sprechen; denn die „Bedingung“, die die Unwirksamkeit vollends herbeiführte, wäre eine conditio iuris; die „Hypothetische Unwirksamkeit“ Reichels S. 108 vermeidet nur das Wort, nicht den Begriff der Bedingung, weshalb Reichel auch immer wieder in die bei der Bedingung gebräuchliche Terminologie verfällt: er spricht S. 111 vom Schwebezustand, von der Resolution des pendenten Rechts und von Konvaleszenz des pendenten Rechts, während er Fuchsens Theorie, die V. begründe ein bedingtes dingliches Recht, S. 144 ausdrücklich zurückweist. — Auch der gewählte Ausdruck: potentielle (relative) Unwirksamkeit ist nicht völlig korrekt: denn eine Unwirksamkeit ist noch gar nicht eingetreten; gegeben ist lediglich die Möglichkeit, daß sie einmal eintritt. Man müßte, um völlig korrekt zu sein, sagen: die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung befindet sich in einem Zustande der vollen Wirksamkeit, der aber in den Zustand der relativen Unwirksamkeit übergehen kann. In dem Ausdruck „potentielle Unwirksamkeit“ liegt das Gewicht auf „potentiell“, während das Wort „Unwirksamkeit“ proleptisch gebraucht ist. Auch die Wendung „schwebende Unwirksamkeit“ bei Crome § 80 II 2 S. 351 und Planck Vorbem. vor § 104 Bem. VI 6 S. 182 ist proleptisch gebraucht. Daß eine Rechtsgestaltung vermöge besonderer Umstände einmal hinfällig werden kann, berechtigt bei strengem Sprachgebrauch noch nicht zur Anwendung des Prädikats unwirksam, denn sonst ließe sich überhaupt keine Rechtslage denken, die dieses Prädikat nicht verdiente: Rechtsgestaltungen für die Ewigkeit gibt es nicht.

gung oder durch einen Tatbestand mit Verfügungswirkung die Verfügungsmacht über den belästigten Gegenstand verloren hat, weil diese durch die Fiktionswirkung der V. ersetzt wird. Dagegen können für die Eintragung durch die Vorschriften der GBO. Schwierigkeiten entstehen: hat nämlich der Dritte, dessen Rechtsstellung potentiell unwirksam ist, eine solche Rechtsstellung erlangt, vermöge deren nach §§ 19, 40 BGO. seine formelle Bewilligung zur Eintragung erforderlich ist, so kann er durch Verweigerung seiner Bewilligung die Eintragung und damit die Entstehung der beanspruchten Rechtsgestaltung und damit wieder verhindern, daß die potentielle Unwirksamkeit seiner Rechtsstellung in die aktuelle übergeführt werde.

Um nun dem gesicherten Gläubiger den Schritt von der potentiellen zur aktuellen Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung unter allen Umständen, auch gegen den Willen des Dritten zu ermöglichen, gibt ihm der § 888 BGB. den Zwang gegen den Dritten auf Erteilung der Eintragungsbewilligung Die Schwierigkeit, die der § 888 BGB. beseitigen sollte, beruht darauf, daß der Anspruchsschuldner zwar materiellrechtlich per fictionem befugt ist, die anspruchsmäßige Verfügung zu treffen, dagegen formell grundbuchrechtlich zur Bewilligung der Eintragung nicht legitimiert ist. Dem Gesetzgeber standen zwei Wege offen, die Schwierigkeit zu beseitigen: er konnte für den Fall, daß der Anspruchsschuldner die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung herbeiführen wollte, von dem Erfordernis der formellen Legitimation zur Eintragungsbewilligung absehen und die Eintragungsbewilligung des materiellrechtlich vermöge der Fiktion legitimierten Anspruchsschuldners genügen lassen.

Oder er konnte den Grundsatz des formellen Konsensprinzips aufrecht erhalten und dem gesicherten Gläubiger gegen den Dritten einen Anspruch auf Erteilung der Eintragungsbewilligung geben. Die Kommission hat den folgerichtigen, aber für den Anspruchsgläubiger unbequemen, letzten Weg gewählt.

Mit der Aufnahme des § 888 BGB. ist somit der folgende Zweck verfolgt worden:

> Der gesicherte Gläubiger soll die zum Eintritt in die beanspruchte Rechtsstellung regelmäßig erforderliche Eintragung von dem Dritten dann erzwingen können, wenn der Anspruchsschuldner eine Verfügung getroffen hat, die (bezw. wenn ein Tatbestand mit Verfügungswirkung vorliegt, der) bewirkt, daß statt des Anspruchsschuldners ein Dritter die zur Eintragung erforderliche Bewilligung erteilen muß — kürzer: Der gesicherte Gläubiger soll die zur Anspruchsverwirklichung erforderliche Eintragungsbewilligung von jedem, den es angeht, verlangen können.

Wenn daher der Anspruchsschuldner allein bewirken kann, daß der gesicherte Gläubiger in die anspruchsmäßige Rechtsstellung eintritt, so ist die Mitwirkung eines Dritten nicht erforderlich und kein Anlaß zur Anwendung des § 888 BGB.

Es sind somit drei Situationen möglich, wenn der gesicherte Gläubiger die Verwirklichung seines Anspruchs betreibt:

a) Ist keine anspruchsfeindliche Verfügung getroffen, so wird der Anspruch befriedigt, als ob die V. gar nicht bestünde; die V. hat dann keine Gelegenheit gefunden, ihre Wirkungen zu äußern.

b) Es ist eine anspruchsfeindliche Verfügung getroffen, der Schuldner ist aber trotzdem in der Lage, die Eintragungsbewilligung zu erteilen; dann

tritt der gesicherte Gläubiger, sobald Einigung und Eintragung vorliegen, in seine Rechtsstellung ein und damit werden die entgegenstehenden Rechte des Dritten kraft Gesetzes dem Gläubiger gegenüber unwirksam.

c) Es ist eine anspruchsfeindliche Verfügung getroffen, vermöge deren die Herstellung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung nur dadurch möglich geworden ist, daß der Dritte seine Eintragungsbewilligung erteilt; dann muß der Anspruchsschuldner bei der Einigung mitwirken, der Dritte muß die Bewilligung erteilen und auf grund dieser Bewilligung erfolgt die Eintragung; damit tritt der Gesicherte mit denselben Rechtsfolgen wie unter b) in seine anspruchsmäßige Rechtsgestaltung ein.

Die Fälle unter a) bedürfen keiner weiteren Ausführung.

Die Unterscheidung der Fälle unter b) und c), die auch von Biermann S. 210 und Sekler § 18 II 3 S. 194 getroffen, dagegen von Bongartz S. 21 incidenter abgelehnt wird, ist deshalb von Wichtigkeit, weil die Kommission bei der Einfügung des § 888 BGB. nur an die Fälle unter c) gedacht hat; während der Wortlaut der Bestimmung so ausgelegt werden kann, daß er auch die Fälle unter b) umfaßt. Daß die aus den Protokollen mit aller Klarheit ersichtliche ratio legis des § 888 BGB. nur auf die Fälle unter c) paßt, bedarf keines Nachweises mehr. Trotzdem wird die Meinung vertreten, auch in den Fällen unter b) könne auf grund des § 888 BGB. von dem Dritten die Bewilligung zur grundbuchmäßigen Verlautbarung der Rechtsstellung des gesicherten Gläubigers erzwungen werden. Biermann S. 211 findet, daß für die Fälle unter b) der Anspruch aus § 888 BGB. nichts anders sei als der

Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB.; Planck Bem. 2a zu § 888 S. 102 will sogar die Anwendung des § 894 BGB. zur Beseitigung der unwirksamen Einträge ausschließen; das Kammergericht, FS. 3. September 1902, Rspr. B. 5 S. 297 läßt zur Löschung einer nach § 883 II BGB. unwirksamen Hypothek die beiden Wege der §§ 888 und 894 BGB. zu; ebenso Oberneck § 50 6c S. 460, wohl auch Achilles-Strecker Bem. 2 zu § 22, S. 215; Cosack hat seine früher ebenso lautende Meinung — II. Aufl. § 183 IV 1c S. 55 — in der 4. Auflage nicht wiederholt; Reichel leugnet zwar S. 118 und 142, daß der Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses ein Berichtigungsanspruch sei, begründet aber trotzdem S. 118 den Anspruch auf Beseitigung eines nach § 883 II BGB. unwirksamen Eintrages mit § 888 BGB. Mit Sekler § 18 2a β S. 192 und Bongartz S. 22 wird die Meinung vertreten, daß der gesicherte Gläubiger, der in die beanspruchte Rechtsstellung eingetreten ist, nur auf grund des § 894 BGB. verlangen kann, daß das Grundbuch in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage gebracht — „bereinigt" — werde [1].

Zur Klärung der Frage ist eine Erörterung über die Bedeutung des Realisationskonsenses erforderlich:

Der Anspruchsschuldner ist materiell rechtlich legitimiert, die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung herbeizuführen; ist hiezu nach den allgemeinen Regeln des Liegenschaftsrechts auch noch eine Eintragung erforderlich, so darf der Grundbuchbeamte diese Eintragung nur vollziehen, wenn der durch

[1] Der Ausdruck „Berichtigung" wird zunächst absichtlich vermieden — vgl. S. 120/1.

die Eintragung Betroffene im Grundbuch eingetragen ist und seine Bewilligung in der Form des § 29 GBO. erklärt hat — §§ 19, 40 GBO. Vollzieht der Grundbuchbeamte unter Verletzung der angeführten Ordnungsvorschriften dennoch die Eintragung, obgleich die geforderte Eintragungsbewilligung nicht vorliegt, so bewirkt die Eintragung gleichwohl, daß der gesicherte Gläubiger in seine beanspruchte Rechtsstellung eintritt. Die Zustimmung des Dritten ist kein Erfordernis für den Eintritt des Gesicherten in seine anspruchsmäßige Rechtsstellung, sie ist nur eine formale Voraussetzung für die Eintragung; allerdings wird mit der Verweigerung der Eintragungsbewilligung, solang der Grundbuchbeamte die Ordnungsvorschriften der GBO. beachtet, stets die Eintragung und damit regelmäßig der Eintritt des gesicherten Gläubigers in seine anspruchsmäßige Rechtsstellung verhindert. Wenn jedoch der gesicherte Gläubiger ohne Grundbucheintrag in seine beanspruchte Rechtsstellung eintreten kann, so ist hiezu auch die Bewilligung des Dritten nicht erforderlich und der Dritte wird ohne sein Wissen aus seiner anspruchsfeindlichen Rechtsstellung verdrängt: A hat für B zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung einer Inhaberhypothek nach § 1187 BGB. eine V. eintragen lassen; darauf bestellt er dem C durch Übertragung des Pfandbesitzes an dem Inhaberpapier ein Pfandrecht an der Hypothek — §§ 1273, 1274, 1187, 1205 BGB.; zufällig kommt nun A ohne den Willen des Pfandgläubigers B — § 1253 I BGB.! — wieder in den Besitz der Urkunde und überträgt das Eigentum daran dem B, um so den gesicherten Anspruch zu erfüllen; hier erwirbt B das freie Eigentum am Inhaberpapier — und zwar auch wenn er den ganzen Tatbestand

kennt, so daß § 932 BGB. nicht eingreift —, obgleich A wegen des nicht untergegangenen Pfandrechts des C kein freies Verfügungsrecht über die Urkunde und damit über die Hypothek hatte; denn A gilt dem B gegenüber als legitimiert zur Übertragung der Hypothek und mit dem deshalb giltigen Erwerb der Hypothek durch B wird das Pfandrecht des C dem B gegenüber unwirksam [1].

Der Eintritt des gesicherten Gläubigers in seine anspruchsmäßige Rechtsstellung findet auch dann ohne Bewilligung, ja ohne Wissen und Willen des Dritten statt, wenn der Dritte im Grundbuch nicht eingetragen ist: der Hypothekengläubiger A läßt eine V. eintragen, um dem B seinen Anspruch auf Übertragung dieser Hypothek sicher zu stellen; darauf geht diese Hypothek nach §§ 1150, 1143 BGB. als Hypothek des Eigentümers auf C über; C unterläßt es, seine — nur deklarative — Eintragung ins Grundbuch

[1] Hiebei ist vorausgesetzt, daß durch Eintragung einer V. auch Ansprüche auf Herbeiführung einer solchen Rechtsänderung gesichert werden können, die auch ohne Eintragung ins Grundbuch vor sich gehen kann. Nach dem durchaus klaren Wortlaut des § 883 I BGB. kann hieran nicht gezweifelt werden, wenn auch zugegeben werden muß, daß dies zu großen Härten führen kann: Der Erwerber eines Rechtes, das ohne die grundbuchrechtlichen Formen erworben wird, hat regelmäßig keine Veranlassung, das Grundbuch einzusehen, so daß das Grundbuch als Publikationsorgan für gesicherte Ansprüche — vergl. S. 36/7 — in diesen Fällen versagt; vergl. die Bedenken Seklers § 4 I 2 S. 20. Um die hier vertretene Ansicht mit dem Grundgedanken des Rechtsinstituts der V. in Einklang zu bringen, müßte man jedem Erwerber einer Brief-, Inhaber- oder Orderhypothek zumuten, vor dem Erwerb seines Rechtes das Grundbuch einzusehen, wodurch eine etwa eingetragene V. zu seiner Kenntnis kommen würde; diese Zumutung ist aber keineswegs so übertrieben, daß nicht an ihre Versäumung von der Rechtsordnung dürften Nachteile geknüpft werden.

zu erwirken. Nun überträgt A anspruchsgemäß dem B seine Hypothek, indem er als grundbuchmäßig legitimierter Inhaber der Hypothek deren Umschreibung auf B bewilligt. Der Grundbuchbeamte vollzieht nach §§ 19, 40 GBO. ordnungsmäßig den Eintrag, so daß B nach §§ 1154 III, 873 BGB. die Hypothek erwirbt; die Hypothek des C wird damit dem B gegenüber unwirksam und B kann ihre Löschung herbeiführen.

Hieraus ergibt sich: für den Eintritt des gesicherten Gläubigers in seine anspruchsmäßige Rechtsstellung ist die Zustimmung des Dritten kein materiell rechtliches Erfordernis, sondern nur eine, durch die Ordnungsvorschriften der §§ 19, 40 GBO. gebotene formelle Voraussetzung.

Mit der „Zustimmung" der §§ 182 ff. BGB., die ein materiellrechtliches Erfordernis für den Eintritt einer Rechtsgestaltung ist, hat die „Zustimmung" des § 888 BGB. gar nichts zu tun; sie ist nichts anderes als die „Bewilligung" des § 19 GBO. So insbesondere Predari § 8 IV 2 S. 203. A. M. lediglich Fuchs Bem. 2 zu § 888 S. 139. Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 888 S. 227. Oberneck § 50. 6a S. 454.

Der Anspruch nach § 888 BGB. ist nach den klaren Worten des Gesetzes gerichtet auf „Zustimmung"; der gesicherte Gläubiger kann daher vom Dritten nicht verlangen, daß er ihm die beanspruchte Rechtsstellung verschaffe; dies ist Sache des Anspruchsschuldners; der Dritte ist nur, soweit erforderlich, zur rein formalen Mitwirkung dazu verpflichtet. Der Ausdruck „Realisationskonsens" ist deshalb nicht so zu deuten, daß der Dritte den Anspruch zu „realisieren" hätte, sondern so, daß der Dritte zur Realisierungsermöglichung seine formelle

Zustimmung zu geben hat. Damit ist nicht gesagt, daß der Dritte den gesicherten Anspruch nicht realisieren könnte, vgl. 123 f. Seinem Wesen nach ist der Anspruch auf den Realisationskonsens ein obligatorischer Anspruch im eigentlichen Sinn des Wortes, nämlich ein Anspruch aus einem obligatorischen Rechtsverhältnis. Gläubiger des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger des gesicherten Anspruchs, der Schuldner bestimmt sich in etwas ungewöhnlicher, wenn auch nicht beispielloser Art: wie der Gläubiger eines der in den §§ 793 ff. BGB. geregelten Schuldverhältnisse sich durch sein Rechtsverhältnis zu einer Urkunde bestimmt, so bestimmt sich der jeweilige Schuldner des im § 888 BGB. geregelten Schuldverhältnisses dadurch, daß er eine grundbuchmäßige Rechtsstellung innehat, kraft deren zur Eintragung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung seine Bewilligung erforderlich ist. Der Dritte ist zur Klage aus § 888 BGB. nicht ohne weiteres dadurch passiv legitimiert, daß er eine anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung innehat, sondern nur dadurch, daß nach den Vorschriften der GBO. zugleich seine Zustimmung zur grundbuchmäßigen Verlautbarung der beanspruchten Rechtsänderung erforderlich ist.

Über die Natur des Anspruchs aus § 888 BGB. sind die Meinungen geteilt: Endemann § 65 S. 422 charakterisiert ihn als „dinglichen Bewirkungsanspruch"; Sekler § 18 II 5 S. 199 erblickt darin „einen eigenartigen Anspruch, der sich aus dem [von Sekler als dinglich erachteten] V.-rechte ablöst wie die actio hypothekaria aus dem Pfandrecht". Ähnlich Cosack § 177 2b S. 25 f., der den Anspruch als obligatorisch bezeichnet, aber sofort hinzufügt, daß er lediglich „ein Ausfluß des dinglichen V.-rechts

und nur zu dessen besserer Ausübung bestimmt" sei; bei konsequenter Ausdrucksweise müßte also Cosack dem Anspruch dingliche Natur beilegen. Da nach der hier vertretenen Meinung die V. ein dingliches Rechtsverhältnis zwischen dem gesicherten Gläubiger und dem belästigten Grundstück nicht begründet, so muß die dingliche Natur des Anspruchs auf Erteilung des Realisationskonsenses abgelehnt werden. Der Anspruch aus § 888 BGB. kann auch nicht als Folge der Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung betrachtet werden, wie dies Sekler § 17 I 2a S. 169; Bongartz S. 11; Oberneck § 50. 5 S. 451; Biermann S. 214; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 517 tun; denn der Anspruch aus § 888 BGB. hat ja den Zweck, die Herbeiführung der Unwirksamkeit zu ermöglichen: nicht weil das Recht des Dritten unwirksam ist, sondern damit es unwirksam werde, ist die Bestimmung getroffen worden[1].

[1] Werden Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses aus der Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung ableiten will, gerät damit in unlösbare logische Schwierigkeiten: Biermann und Sekler haben ihre Meinung bis zu ihrem letzten Ende unerschrocken durchgedacht: ihre Resultate sind ein schlagender Beweis für die Unhaltbarkeit des Ausgangspunktes: Biermann vertritt richtig die Ansicht, daß die Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung erst mit der „definitiven Berechtigung des Vorgemerkten" eintritt und fährt dann fort: „Die Klage auf Zustimmung macht also die Unwirksamkeit der Eintragung des Beklagten anticipando geltend, und man kann sie danach als eine antizipierte actio negatoria bezw. confessoria bezeichnen." Mit vollem Recht we ist Sekler aaO. darauf hin, daß man eine Klage unmöglich auf ein Fundament stützen kann, das man durch siegreiche Beendigung der Klage zu gewinnen hofft. Die „antizipierte actio negatoria" ist um nichts besser als Münchhausen, der sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf zieht. Auch in Seklers Argumentation rächt sich die seiner An-

Das Wort „Soweit“ im § 888 BGB. bedeutet nicht den Grund, sondern die Grenze der Unwirksamkeit.

Daß der Anspruch aus § 888 BGB. mit dem gesicherten Anspruch identisch sei, behauptet Oberneck. Da der Inhalt des gesicherten Anspruchs auf Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung, der Anspruch aus § 888 BGB. aber auf formale Zustimmung geht, so kann die Ansicht von der Identität beider Ansprüche nicht geteilt werden; auch die Literatur hat sich durchweg dazu ablehnend verhalten.

Der Anspruch aus § 888 BGB. entspringt aus einer Obligation, die kraft Gesetzes zwischen dem gesicherten Gläubiger und dem grundbuchmäßig legitimierten Inhaber der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung besteht, dessen Bewilligung zur Herbei-

sicht zu Grunde liegende Verwechselung von Grund und Zweck des Anspruchs nach § 888 BGB.: er stellt S. 170 richtig den Satz auf, daß bis zur Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung „der vormerkungswidrige Erwerb gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Vorgemerkten wirksam“ ist; sein Schluß geht — S. 168 — dahin: „würde die Unwirksamkeit der anspruchsfeindlichen Verfügung erst mit der Herbeiführung der vorgemerkten Rechtsänderung eintreten, so könnte der vorgemerkte Anspruch überhaupt nicht verwirklicht werden“, weil eine wirksame anspruchsfeinliche Rechtsgestaltung die Befriedigung des Anspruchs verhindern würde. „Dem vorgemerkten Anspruch gegenüber muß also die anspruchsfeindliche Verfügung von Anfang an unwirksam sein.“ Auch hier ist der Zirkelschluß unverkennbar: Wenn dem gesicherten Gläubiger gegenüber die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung von Anfang an unwirksam ist, so ist es unverständlich, warum ihm zur Beseitigung dieser -- ihm gegenüber doch gar nicht wirksamen — Rechtsgestaltung noch der Anspruch aus § 888 BGB. gegeben wird. Der Anspruch kann daher auch nicht aus der „Unwirksamkeit“ des § 883 II BGB. erklärt werden.

führung der beanspruchten Rechtsänderung nach den Ordnungsvorschriften der GBO. erforderlich ist. Der Schuldner der Obligation ist somit nicht von Anfang an fest bestimmt, sondern er wird jeweils durch besondere Umstände bestimmt. Der Anspruch ist demnach in die Kategorie der actiones in rem scriptae einzureihen; er ist ein streng persönlicher Anspruch, dazu bestimmt, die Durchführung der vormerkungsweisen Sicherung gegen die aus den §§ 19, 40 GBO. drohenden Hindernisse zu gewährleisten.

Der Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses hat daher mit dem Berichtigungsanspruch nichts zu tun: während der Berichtigungsanspruch eine Diskrepanz zwischen dem Grundbuchinhalt und der tatsächlichen Rechtslage beseitigen soll, will der Anspruch des § 888 BGB. eine Änderung der mit dem Grundbuchinhalt konformen Rechtslage herbeiführen helfen. Wenn der gesicherte Gläubiger sich zur Klage nach § 888 BGB. veranlaßt sieht, ist das Grundbuch vollkommen richtig; der Dritte ist mit vollem Recht als der Inhaber der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung eingetragen; er ist nur verpflichtet, durch seine Zustimmung zu ermöglichen, daß ihn der gesicherte Gläubiger durch Eintritt in die anspruchsmäßige Rechtsstellung aus seiner bisherigen Rechtsstellung verdrängt. Die Voraussetzungen des Berichtigungsanspruches und des Anspruchs aus § 888 BGB. sind somit grundverschieden und es beruht auf einem Widerspruch mit der eigenen Auffassung, wenn die Prot. III 746 — S. 103 — in dem letzteren Anspruch eine Erweiterung des Berichtigungsanspruchs erblicken.

Die Meinung, die dem Anspruch aus § 888 BGB. auch die Funktion des Berichtigungsanspruchs zuer-

kennen will, beruht auf einer durch den Sprachgebrauch durchaus nicht veranlaßten Auslegung des Wortes „Verwirklichung“ im § 888 BGB. Ein Anspruch auf Rechtsänderung — nur solche Ansprüche sind nach § 883 I BGB. sicherungsfähig — ist dann verwirklicht, wenn der Gläubiger die materielle Rechtsstellung erlangt hat, die das Ziel des Anspruchs war; daß diese Rechtsstellung ausdrücklich im Grundbuch verlautbart werde, ist dann zur Verwirklichung des Anspruchs nicht erforderlich, wenn der Eintragung nur deklarative Bedeutung zukommt. Ist die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung durch die Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung deren Inhaber gegenüber unwirksam geworden, so kann zwar eine Diskrepanz zwischen wirklicher Rechtslage und Grundbuchinhalt bestehen; deren Beseitigung gehört jedoch nicht mehr zur „Verwirklichung“ des Anspruchs. Der unbefangene Sprachgebrauch versteht unter Verwirklichung eines Anspruchs die materiellrechtliche Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung, nicht mehr aber die formelle grundbuchmäßige Verlautbarung der nunmehrigen Rechtslage. Die gegenteilige Auffassung muß aus § 888 BGB. zwei ihrem Wesen nach völlig verschiedene Ansprüche herausinterpretieren: den rein persönlichen Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses, der mit Oberneck als actio in rem scripta zu charakterisieren ist und den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, der, wenn auch nicht ausschließlich, so doch hauptsächlich dinglicher Natur ist. Da nun die Protokolle klar erkennen lassen, daß der Anspruch aus § 888 BGB. nicht zum Zweck der Grundbuchberichtigung geschaffen wurde, andererseits aber auch die Fassung des Gesetzes nicht dazu zwingt,

der Vorschrift eine solche Auslegung zu geben, so kann der Berichtigungsanspruch in keinem Fall auf § 888 BGB. gestützt werden.

Planck erklärt die Beseitigung eines nach § 883 II BGB. unwirksamen Bucheintrages nach § 894 BGB. für unzulässig mit der Begründung: aus der Aufnahme des § 888 BGB. neben dem § 894 BGB. müsse entnommen werden, daß die Unwirksamkeit eines eingetragenen Rechts nicht als ein Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs aufzufassen sei. Damit ist zugegeben, daß die Beseitigung der „unwirksamen" Einträge an und für sich Aufgabe des Berichtigungsanspruchs ist, nur glaubt Planck, den § 888 BGB. als die engere Norm hiezu anwenden zu müssen. Allein die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung zeigt, daß die Beseitigung eines unwirksamen Eintrags nicht unter § 888 BGB. subsumiert werden sollte; damit entfällt die von Planck angenommene Notwendigkeit, zunächst den § 888 BGB. anzuwenden.

Übrigens ist es keineswegs zweifellos, ob das Grundbuch „unrichtig" ist, wenn darin eine Rechtsgestaltung verlautbart ist, die infolge des Eintritts der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung gemäß § 883 II BGB. unwirksam geworden ist. Aus dem Eintrag der Rechtsstellung des Dritten, aus der V. und aus dem Eintrag der Rechtsstellung des gesicherten Gläubigers ergibt sich im Zusammenhalt mit den Regeln über die Wirkung der V., welches die wahre Rechtslage ist. Unter „Inhalt des Grundbuchs" ist die Rechtslage zu verstehen, die sich aus den Grundbucheinträgen im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtssätzen ergibt, nicht nur die Rechtslage, worüber das Grundbuch ausdrücklich Aufschluß gibt. Ein Fall der eigentlichen „Berichti-

gung“ liegt daher dann nicht vor, wenn eine Eintragung eines nach § 883 II BGB. unwirksamen Rechtes „bereinigt“ werden soll; da aus dem Eintrag der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung diese Unwirksamkeit entnommen werden kann, so steht das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage im Einklang, die Voraussetzung des Berichtigungsanspruches fehlt. Es könnte daher das Grundbuch nur in der Weise bereinigt werden, daß darin unmittelbar und ausdrücklich die wirkliche Rechtslage erkennbar gemacht würde. Eine solche Bereinigung des Grundbuchs hat aber das Gesetz nicht vorgesehen; daß sie außerordentlich zweckmäßig wäre, bedarf keiner weiteren Begründung; es erscheint daher die analoge Anwendung des § 894 BGB. geboten und es ist daher dem gesicherten Gläubiger der Berichtigungsanspruch zu gewähren, sobald die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung ins Leben getreten ist. Wenn Bongartz S. 22 Anm. 1 den Berichtigungsanspruch versagt, weil die wahre Rechtslage aus dem Buch erhellt, so entspricht dies wohl dem Buchstaben, aber kaum dem Sinn des § 894 BGB.

Soweit der Berichtigungsanspruch für zulässig erachtet wird, muß dem Gläubiger des Berichtigungsanspruchs auch das abgekürzte Verfahren nach § 22 GBO. offen stehen. Achilles-Strecker Bem. 2 zu § 22 sprechen dieser Frage die praktische Bedeutung ab, „weil der sichere Nachweis des Bestehens des vorgemerkten Anspruchs mit Wirksamkeit gegenüber dem Dritten mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Kollusion weder durch eine von dem Schuldner dieses Anspruchs erklärte Bewilligung der endgültigen Eintragung des durch die V. gesicherten Rechts noch durch dessen rechtskräftige Verurteilung zu

dieser Bewilligung erbracht wird". Der Beweis für das Bestehen des gesicherten Anspruchs wird aber schon dadurch erbracht, daß Anspruchsschuldner und Anspruchsgläubiger in den Formen des § 29 GBO. erklären, die Eintragung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung werde beantragt zur Verwirklichung des in der V. verlautbarten Anspruchs; ein weiterer Nachweis darf nicht gefordert werden. Die Begründung dieser Ansicht soll bei der Behandlung der damit auf das engste zusammenhängenden Frage erfolgen, ob der Dritte die Einreden aus dem Rechte des Anspruchsschuldners für sich geltend machen darf. Gegen die Anwendung des § 22 GBO. verhalten sich ablehnend Predari § 8 IV 2 S. 204 und Planck Bem. 2a zu § 888; für die Anwendung Biermann S. 211, Oberneck § 50. 8a S. 461; Böhm S. 74; Fuchs Anm. 9 zu § 22; Sekler § 18 II 2b β S. 192, wohl auch Achilles Strecker aaO.

Der Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses bezweckt einzig und allein die Beseitigung des grundbuchrechtlichen Hindernisses, daß die zur Eintragung erforderliche Bewilligung des § 19 GBO. mangeln kann. In diesem Fall ist der zur Erklärung der Bewilligung Befugte hiezu nach § 888 BGB. verpflichtet: das Gesetz ermächtigt den gesicherten Gläubiger dazu, sich vom Dritten die Bewilligung nötigenfalls auf dem Wege des § 894 ZPO. zu erzwingen. Der Anspruch soll also ein Hindernis beseitigen, das in dem für den Grundbuchverkehr maßgebenden formellen Konsensprinzip begründet ist. Dem gesicherten Gläubiger wird allerdings mit einer möglicherweise langwierigen Klage gegen den Dritten oft wenig gedient sein; kürzer hätte der S. 108 9 bereits angedeutete Weg zum Ziele geführt: anstatt die nach dem formellen Konsens-

prinzip erforderliche Erklärung zu erzwingen, hätte das Gesetz, um seinen Zweck einfacher zu erreichen, eine Ausnahme von diesem Prinzip statuieren können; es hätte etwa in einem § 19 II GBO. bestimmen können:

> Ist zur Sicherung eines Anspruchs eine Vormerkung eingetragen, so erfolgt die zur Verwirklichung des Anspruchs bestimmte Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, der als Anspruchsschuldner bei der Vormerkung eingetragen ist.

Damit wäre die materiellrechtliche Fiktion, daß der Anspruchsschuldner zur Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung befugt ist, auch auf das formelle Grundbuchrecht übertragen und dadurch der Zwiespalt beseitigt worden, dem der § 888 BGB. seine Entstehung verdankt. Zugleich wäre damit eine größere Einfachheit und Schnelligkeit der Anspruchsverwirklichung erreicht worden und zwar ohne daß dadurch die Interessen des Dritten geschädigt worden wären: da nämlich, wie zu zeigen sein wird, der Dritte seine „Zustimmung" nicht verweigern kann, so wäre ihm dadurch kein besonderer Nachteil entstanden, daß sein Rechtsverlust auch ohne seine formelle Zustimmung einträte. Statt der nach dem Gesetz erforderlichen drei Erklärungen würden deren zwei genügen, die beanspruchte Rechtsänderung herbeizuführen.

Wenn die drei Beteiligten darüber einig sind, daß der gesicherte Anspruch verwirklicht werden soll, so wird regelmäßig das Verfahren dadurch vereinfacht werden, daß der Dritte, falls er kraft seiner anspruchsfeindlichen Rechtsstellung dazu in der Lage ist, an Stelle des Anspruchsschuldners die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung herbeiführt: hat A dem B zur Sicherung seines Anspruchs auf

Hypothekbestellung eine V. eintragen lassen und erwirbt darauf C das Grundstück, so kann die Hypothek auf zweierlei Weise bestellt werden: der regelmäßige Weg wäre der, daß auf Grund der zwischen A und B erklärten Einigung und der „Zustimmung" des C die Eintragung erfolgte; der einfachere Weg ist der, daß C als Eigentümer sich mit B über die Bestellung der Hypothek einigt und die Eintragung bewilligt; dadurch wird die Erklärung des A erspart, die wegen ihrer Formbedürftigkeit nach § 29 GBO. eine nicht unerhebliche Belästigung darstellt. Ein solches Verfahren wird allgemein als unbedenklich erachtet, vgl. Sekler § 18 S. 184; Fuchs Bem. 2 zu § 888 S. 139; Reichel S. 119; Endemann § 65 Anm. 67; Männer S. 59 Anm. 48; Predari § 8 IV 2 S. 203; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 511 Anm. 45; Böhm Bem. III A zu § 883 S. 44; Kretzschmar S. 195; Dernburg § 51. 4 S. 150; Biermann S. 218; Willenbücher Bem. 1 b zu § 888 S. 29; Kober Bem. III B 2 b zu § 888 S. 158; RG. Bd. 53 S. 34; Planck Bem. 2 a zu § 888, S. 102 hegt Bedenken, da die Rechtsbestellung ohne Mitwirkung des Anspruchsschuldners nicht erkennen lasse, ob dessen Verbindlichkeit habe erfüllt werden sollen; ebenso Oberneck § 50. 6 S. 454; Priester im Arch. Bürg. R. Bd. 22 = 1903, S. 194; Barth S. 39.

Es handelt sich bei diesem abgekürzten Verfahren um einen ziemlich komplizierten Vorgang: dabei ist das Schicksal des Anspruchs streng zu unterscheiden von den dinglichen Rechtsvorgängen: da für das Recht der V. stets nur höchst unpersönliche Leistungen in Frage kommen, so kann jeder Dritte, sofern der Anspruchsschuldner nicht widerspricht, die Leistung bewirken und damit den Anspruch tilgen: der Anspruchsgläubiger muß sich

also die Befriedigung seines Anspruchs durch einen Dritten gefallen lassen — § 267 BGB. Andererseits ist aber auch der Dritte sachenrechtlich in der Lage, über das Grundstück zu verfügen, auch wenn sein Eigentumserwerb sich mit dem gesicherten Anspruch nicht verträgt; denn bis zur Herbeiführung der beanspruchten Rechtsänderung ist die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung vollkommen wirksam; sie wird erst durch den Eintritt der anspruchsmäßigen Rechtslage verdrängt. Voraussetzung für diese Verdrängung ist aber, daß die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung zur Tilgung des Anspruchs von dem Dritten herbeigeführt wird; wird sie herbeigeführt ohne Beziehung auf den Anspruch, so wird der Anspruch nicht befriedigt, der gesicherte Gläubiger kann die Rechtsänderung als potentiell unwirksam behandeln. In dem oben angeführten Beispiel sind folgende Rechtsvorgänge festzustellen: C bestellt als wahrer Eigentümer dem B die Hypothek mit der Bestimmung, daß dadurch der gesicherte Anspruch des B gegen A befriedigt werden solle. Da A nicht widerspricht, muß B die Leistung des C als Befriedigung seines Anspruchs gegen A gelten lassen; mit der Hypothekenbestellung des C erlischt daher der Anspruch des B gegen A, die V. wird dadurch gegenstandslos und löschungsreif. Mit der Hypothekenbestellung ist das Eigentum des C dem B gegenüber insoweit unwirksam geworden, als es der Hypothek des B im Wege steht; da jedoch insoweit C durch die Bestellung der Hypothek sein Eigentumsrecht selbst beschränkt hat, kommt es in Wirklichkeit gar nicht zu einem Widerstreit mit der beanspruchten Hypothek; eine positive Mitwirkung des Anspruchsschuldners A ist bei dem ganzen Vorgang nicht erforderlich, es besteht nur

die negative Voraussetzung, daß er der Befriedigung durch C nicht widerspricht — § 267 II BGB.; dieses rein passive Verhalten des Anspruchsschuldners als Zustimmung zu bezeichnen, erscheint irreführend und jedenfalls ist die Bezugnahme auf § 185 BGB. dabei verfehlt; denn C ist kein „Nichtberechtigter"; unrichtig daher Reichel S. 120; Böhm S. 44; Kober Bem. III 2b S. 158 zu § 888, Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 888 S. 227, die auf § 185 BGB. verweisen.

Dabei ist zu beachten, daß der gesicherte Anspruch nicht notwendig dadurch erlischt, daß der Gläubiger selbst eine anspruchsfeindliche Rechtsstellung erwirbt: wenn in dem oben angeführten Beispiel B von C sich das Eigentum am Grundstück übertragen läßt, so kann darin nicht ohne weiteres ein Verzicht auf seinen Hypothekenbestellungsanspruch erblickt werden; sofern nicht etwa ausdrücklich andere Vereinbarungen getroffen werden, behält B gegen A seinen Anspruch auf Bestellung der Hypothek an seinem eigenen Grundstück; B kann von A verlangen, daß er von seiner fiktiven Verfügungsmacht Gebrauch macht und ihm selbst eine Hypothek bestellt. An der Fortdauer dieses Anspruchs kann B sehr wohl ein Interesse haben, wenn er den Anspruch oder das Grundstück einem Andern übertragen will. Bongartz S. 39 und Sekler § 14 IV 1b S. 135 kommen zu andern Ergebnissen; Bongartz läßt den Anspruch nach § 362 BGB. erlöschen und damit die V. löschungsreif werden; er übersieht dabei, daß der Eigentumserwerb, wenn er auch dem Gläubiger das begehrte Recht oder noch mehr verschafft, doch nicht als „Leistung" nach § 362 BGB. zu betrachten ist: ein von dem Anspruch völlig unabhängiger und ohne Beziehung

auf den Anspruch erfolgender Eigentumserwerb ist keine Leistung, die den Anspruch tilgt, sondern ein mit dem Anspruch in gar keinem Zusammenhang stehender Erwerb. Sekler kommt zu demselben Ergebnis mit der Begründung, durch die Vereinigung des Anspruchs mit der anspruchsfeindlichen Rechtslage in einer Person werde die erstrebte Leistung unmöglich, der Anspruch werde daher „nichtig", so daß die V. „untergehe". Allein es existiert nirgends ein Rechtssatz, daß mit der Unmöglichkeit der Leistung der Anspruch erlösche; da der Schuldner eine anspruchswidrige Veräußerung des belästigten Gegenstandes als vertragliches Verschulden wohl ausnahmslos wird vertreten müssen, so bleibt der Anspruch arg. §§ 275, 276 BGB. vollkommen wirksam. Der gesicherte Anspruch mitsamt seiner Sicherung bleibt demnach unverändert bestehen, auch wenn das belästigte Grundstück in das Eigentum des gesicherten Gläubigers übergeht; wird jedoch dabei vereinbart, daß der Anspruch etwa durch Schuldübernahme oder Anrechnung getilgt werden soll, so wird die V. gegenstandslos und löschungsreif; eine solche Vereinbarung ist aber lediglich in der Übernahme des belästigten Grundstücks nicht zu erblicken.

Anders ist der Fall zu beurteilen, daß der gesicherte Gläubiger etwa durch Erbschaft oder durch Vermögensübernahme in die passive Seite des Anspruchs eintritt oder wenn der Anspruchsschuldner den Anspruch selbst erwirbt. Da der Anspruch durch vormerkungsmäßige Sicherung ein Recht am Grundstück weder wird noch verleiht, so kann das für dingliche Rechte geltende Prinzip des Ausschlusses der Konsolidation — § 889 BGB. — auf den gesicherten Anspruch nicht angewendet wer-

den; nach allgemeinen Regeln erlischt daher im Fall der Konfusion der Anspruch, so daß die V. gegenstandslos und löschungsreif wird; so Biermann S. 180; Reichel S. 104; Kober Bem. 2 zu § 889 S. 160; Turnau-Förster Bem. II 5 zu § 889 S. 234; Kretzschmar Bem. 3 zu §886 S. 98; Güthe Bem. II 9 zu § 25 S. 514; Leyser S. 30; Männer § 11 B Anm. 46 S. 80; ebenso im Resultat Sekler § 14 IV 1 S. 134. Dagegen erachten § 889 BGB. für anwendbar: Sekler aaO.; Fuchs Bem. 2 zu § 889, S. 140; Othmer S. 93; Bruck, Eigentümerhypothek S. 97 Anm. 5.

Das Gesetz gibt den Anspruch aus § 888 BGB. gegen jeden, dessen Rechtserwerb dem gesicherten Gläubiger gegenüber unwirksam ist; in der bisherigen Darstellung wurde zur Bezeichnung des Schuldners des Anspruchs aus § 888 BGB. die Bezeichnung gebraucht: der Inhaber der anspruchsfeindlichen Rechtsgestaltung. Dadurch sollte ein im § 888 BGB. unterlaufener Redaktionsfehler vermieden werden, durch den diese Vorschrift zu eng gefaßt wurde. Mit den Worten „Soweit ... unwirksam ist" nimmt nämlich § 888 BGB. stillschweigend Bezug auf § 883 II BGB.; dort aber sind allgemein anspruchsfeindliche Verfügungen oder richtiger anspruchsfeindliche Rechtsgestaltungen für unwirksam erklärt. Unter Verfügungen fallen jedoch auch die Löschungen eines Rechtes. Wird nun durch die Löschung eines Rechts ein gesicherter Anspruch beeinträchtigt, so trifft ohne Zweifel § 883 II BGB. zu, nicht aber seinem Wortlaut nach § 888 BGB., da der, dem die Löschung eines Rechts zu gute kommt, kein eingetragenes Recht erwirbt. Indessen zwingt die völlig gleiche Rechtslage dazu, dem gesicherten Gläubiger den Rechtsbehelf des § 888 BGB.

zu geben, einerlei, ob die anspruchsfeindliche und daher „unwirksame“ Rechtsgestaltung auf der Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts beruht. Die Beschränkung des Anspruchs aus § 888 BGB. auf den Erwerb eines anspruchsfeindlichen Rechts ist daher als ein vom Gesetz nicht beabsichtigter Redaktionsfehler zu erachten und der Anspruch ist auf alle Fälle auszudehnen, wo eine anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung entstanden ist; so auch Kober Bem. III B 2 d δ zu § 888, S. 158; Leyser S. 36; Sekler § 18 II S. 189; Biermann S. 208; Planck Bem. I 2 c zu § 888, S. 103. Ist daher eine Hypothek gelöscht worden, obgleich sie zufolge einem gesicherten Anspruch auf den gesicherten Gläubiger übertragen werden sollte, so ist diese Löschung nach § 883 II BGB. unwirksam und der Eigentümer, dem die Löschung zu gute gekommen ist, muß nach § 888 BGB. die zur Übertragung der dem Gläubiger gegenüber unwirksam gelöschten Hypothek erforderliche Zustimmung geben. Die Rechtsvorgänge sind dabei genau die gleichen wie sonst bei der Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung; B hat eine Hypothek am Grundstück des A, die er dem C zu übertragen versprochen hat; zur Sicherung des C ist eine V. eingetragen worden; darauf ist die Hypothek gelöscht worden; nun kann C von B verlangen, daß er ihm die Hypothek übertrage; da diese gelöscht ist, muß zunächst A seine Bewilligung zur Wiedereintragung der Hypothek erklären; C vollzieht mit B die kraft seiner fiktiven Verfügungsmacht voll wirksame Einigung und mit der Eintragung erwirbt B seinem Anspruch gemäß die Hypothek.

Dabei ist vorausgesetzt, daß ein Recht, das mit einer V. belästigt ist, ohne die Zustimmung des

durch die V. gesicherten Gläubigers erlöschen und gelöscht werden kann. Predari § 8 IV 2 C S. 206, Turnau-Förster Bem. II 1 zu § 885 S. 211, Achilles Strecker S. 135; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 514; Othmer S. 94, 97; Fuchs Bem. 2c zu § 885, S. 129; Kober Bem. V 1a γ zu § 883 S. 143; Planck Bem. 3f zu § 883; Güthe S. 213 Anm. 14 wollen in unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 876 BGB. die Aufhebung eines dinglichen Rechts nur dann gelten lassen, wenn der Gläubiger eines auf dieses Recht sich beziehenden gesicherten Anspruchs seine Zustimmung dazu erklärt. Die unmittelbare Anwendung des § 876 BGB. muß deshalb abgelehnt werden, weil die V. ein dingliches Recht am Grundstücksrecht weder ist noch begründet; für eine analoge Anwendung scheint allerdings die Überlegung zu sprechen, daß mit der Aufhebung eines Rechtes jeder Anspruch darauf gegenstandslos werden müsse; dabei ist aber übersehen, daß mit der Löschung eines mit einer V. belästigten Rechts dieses Recht nicht vorbehaltslos gelöscht wird und daß infolgedessen auch kein vollständiger Untergang des Rechts eintritt; denn das Grundbuch läßt ja stets ersehen, daß das gelöschte Recht wieder aufleben kann. Eine anspruchsfeindliche Aufhebung bewirkt daher nur, daß das belästigte Recht mit dem Vorbehalt der Wiederentstehung untergeht[1]. Dem-

[1] Predari aaO. hält es nicht für folgerichtig, wenn die V. weniger als eine Belastung sei und doch stärker als eine solche wirke, indem sie den völligen Untergang des belästigten Rechts verhindere; darauf ist zu erwidern, daß die V. der Belastung gegenüber weder ein minus noch ein plus, sondern ein aliud darstellt und daß daher Vergleiche zwischen beiden Rechtsinstituten nicht zutreffend sind. Es ist demnach die Anwendung des § 876 BGB. auf die Aufhebung von Rechten, die durch Eintragung einer V. belästigt sind, abzulehnen; so Biermann S. 208;

gemäß kann auch der Grundbuchbeamte die Löschung ohne die Löschungsbewilligung des gesicherten Gläubigers vollziehen: Schilde S. 45.

Der Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses ist nach § 888 BGB. an folgende Voraussetzungen gebunden:

1. der gesicherte Gläubiger muß einen Anspruch haben, der durch eine V. gesichert ist;

2. der Dritte muß eine Rechtsstellung einnehmen, die die Verwirklichung [1] dieses Anspruchs beeinträchtigt und kraft deren nach den Ordnungsvorschriften der GBO. seine Zustimmung zu der Eintragung erforderlich ist, die die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung mit herbeiführt.

3. Die Rechtsstellung des Dritten muß „unwirksam" sein; wann dies der Fall ist, bestimmt der im § 888 stillschweigend allegierte § 883 II BGB.; dem-

---

Biermann Sachenrecht Bem. 2 zu § 888; Reichel S. 121; Sekler § 14 II 1 S. 130; Oberneck § 50 2 b S. 437; Cosack § 177 II 2 d S. 26; Männer § 11 B Anm. 51.

[1] Die „Vereitelung" des Anspruchs ist als Grenzfall der „Beeinträchtigung" in diesem Begriff enthalten, weshalb zwischen Vereitelung und Beeinträchtigung nicht unterschieden wird — vgl. Endemann § 65 Anm. 64 S. 419, Sekler § 17 I 1 S. 167. Umgekehrt wollen Reichel S. 112 und Kober Bem. V 1 a δ zu § 883, S. 143 die Beeinträchtigung als partielle Vereitelung unter diesen Begriff subsumieren; indessen verdient hier das argumentum a minori ad maius zweifellos den Vorzug vor dem argumentum a maiori ad minus: wenn schon die Beeinträchtigung die Unwirksamkeit der kollidierenden Verfügung nach sich zieht, so muß dies die Vereitelung als das maius auch tun; es muß aber nicht notwendig für die partielle Vereitelung das gelten, was für ihr maius, die Vereitelung schlechthin gilt. Die Frage gehört übrigens ausschließlich ins terminologische Gebiet. Für die von Turnau-Förster getroffene Unterscheidung: Vereitelung sei peremptorisch, Beeinträchtigung dilatorisch, ist weder Berechtigung noch Zweck ersichtlich.

nach ist die Unwirksamkeit dann gegeben, wenn die die Rechtsstellung des Dritten begründende Verfügung „nach der Eintragung der V. getroffen wird". Die Verfügung „wird getroffen", wenn die dingliche Rechtsänderung eintritt, also im Regelfall mit dem grundbuchamtlichen Vollzug der Eintragung. Vgl. Endemann § 65 Anm. 54: „Die Fassung des Gesetzes könnte dazu verleiten, den dinglichen Vertrag — die Einigung als maßgebend zu erachten; maßgebend ist aber der Zeitpunkt, wo die Rechtsänderung eintritt, also normalerweise ... der Zeitpunkt der Eintragung; geht die Eintragung voraus, so entscheidet der Zeitpunkt der Einigung!"

Bei dem ersten dieser drei Erfordernisse ergeben sich Zweifel über die Frage, in welchem Verhältnis der Anspruch aus § 888 BGB. zu dem gesicherten Anspruch steht. Da das Wort Anspruch im formellen wie im materiellen Sinn gebraucht wird, entsteht die Frage: kann der Dritte sich der Klage aus § 888 BGB. gegenüber darauf berufen, daß dem gesicherten Gläubiger ein materiell begründeter Anspruch nicht zustehe oder muß der Dritte seine Zustimmung schon dann erteilen, wenn der gesicherte Gläubiger nur einen Anspruch im formellen Sinn erhebt? Die Frage wird regelmäßig dahin gefaßt, ob der Dritte die Einwendungen, die dem Anspruchsschuldner zustehen, als exceptiones ex iure tertii selbst zu seiner Verteidigung gegen den Anspruch aus § 888 BGB. geltend machen kann.

Aus der akzessorischen Natur der vormerkungsmäßigen Sicherung möchte die Folgerung naheliegend erscheinen, daß die Nebenverpflichtung des § 888 BGB. nur gilt, wenn der gesicherte Hauptanspruch, dem diese Nebenverpflichtung nur die

Durchführung sichern soll, materiell rechtlich besteht. Allein das Gesetz bietet Anlaß zu einer andern Behandlung der Frage, indem § 883 I BGB. bestimmt, daß eine V. auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs eingetragen werden kann; da das Gesetz unter künftigen Ansprüchen solche Ansprüche versteht, die erst in Zukunft zur Entstehung gelangen — vgl. z. B. Kober Bem. II 5c zu § 883, S. 140; Sekler § 6 I 2 S. 34 —, so ist damit klargestellt, daß es auch eine vormerkungsmäßige Sicherung eines materiellrechtlich nicht bestehenden Anspruchs gibt, daß auch Ansprüche im formellen Sinn der Sicherung zugänglich sind. Die Sicherung erfolgt beim formellen Anspruch in derselben Weise wie beim materiellen Anspruch, die Befriedigung wird in beiden Fällen durch die gleichen Rechtswirkungen der V. sichergestellt. Der Unterschied besteht nur darin, daß der Anspruchsgläubiger die Befriedigung des materiellen Anspruchs mit den Zwangsmitteln der Rechtsordnung nötigenfalls gegen den Willen des Schuldners herbeiführen kann, während die Befriedigung des formellen Anspruchs auf den guten Willen des Schuldners gestellt ist. Jedenfalls besteht kein Zweifel, daß auch lediglich formelle Ansprüche, etwa aus Entgegenkommen oder Nachgiebigkeit des Schuldners, befriedigt werden können und daß ihre Verwirklichung ebenso gut wie die materieller Ansprüche durch V. gesichert werden kann. Die Wirkung der V. besteht nun darin, daß sie jede Rechtsgestaltung, die der Verwirklichung des Anspruchs, im materiellen wie im formellen Sinn, widerstrebt, unwirksam, d. i. vernichtbar macht. Diese Vernichtbarkeit, die oben als potentielle Unwirksamkeit bezeichnet wurde, hat zum Korrelat die Zustimmungs-

pflicht des Dritten nach § 888 BGB. Das Gesetz selbst hat mit den Worten „Soweit ... unwirksam ist." die Zustimmungspflicht genau ebenso weit, weder enger noch weiter, abgegrenzt wie die „Unwirksamkeit" des § 883 II BGB. Weil aber die potentielle Unwirksamkeit der anspruchswidrigen Rechtsgestaltung vom Gesetz auch dann angeordnet ist, wenn der zu sichernde Anspruch nur ein Anspruch im formellen Sinn ist, so ist auch das an die gleichen Voraussetzungen gebundene Korrelat dieser Unwirksamkeit, nämlich die Zustimmungspflicht des Dritten für die Ansprüche im formellen Sinn angeordnet, d. h.:

> Der Dritte muß den Realisationskonsens auch dann erteilen, wenn der Anspruch des gesicherten Gläubigers materiell rechtlich nicht begründet ist. Der Dritte kann daher der Klage aus § 888 BGB. gegenüber nicht die Einwände vorbringen, die der Anspruchsschuldner dem gesicherten Gläubiger entgegensetzen kann: die exceptiones ex iure tertii sind dem Dritten versagt.

Literatur und Praxis haben, wohl der Anregung der Prot. III S. 748 folgend, überwiegend den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen, allerdings mit derartig verschiedenen Begründungen, daß Seklers Ausdruck „mit seltener Einmütigkeit" etwas deplaziert erscheint: Planck Bem. 2 a zu § 888; Oberneck § 50 6 b γ S. 459; Predari § 8 IV 2 S. 204; Kober Bem. III 4 zu § 888, S. 159; Stammler, Einrede S. 29; Biermann S. 213; Endemann § 65 Anm. 73 S. 420; Fuchs Bem. 14 zu § 888 S. 119; Willenbücher Bem. 1 b zu § 888 S. 28; Crome § 376 Anm. 124; Weigelt S. 31; Bongartz S. 16 f.; Barth S. 38; Kretzschmar Bem. I 2 zu § 888 S. 101;

Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 512; Sekler § 18 IV 4 S. 205. Die hier vertretene Ansicht teilen Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 888 S. 229; Rauchenberger S. 56; Reichel S. 117; Philipsen S. 71 und wohl auch Cosack § 177 II bei Anm. 8.

Biermann stützt seine Ansicht auf das Ergebnis der Untersuchungen Stammlers über die Einrede aus dem Rechte des Dritten. Stammlers allgemeine Formel lautet dahin,

> „daß die Einreden aus dem Rechte eines Dritten überall da rechtlich statthaft sind, wo mehrere Ansprüche desselben Berechtigten gegen verschiedene Verpflichtete in Betracht kommen, indem an die Seite oder an die Stelle einer Verbindlichkeit eine weitere Pflicht helfend oder abgeleitet hinzutritt, derartig, daß die Nebenpflicht in ihrem Bestande und Inhalte von den gleichen Fragen wie jene erste Verbindlichkeit abhängig ist. Diese mehreren Ansprüche müssen auf Herbeiführung des gleichen Erfolges für das Vermögen des Gläubigers abzielen".

Selbst wenn man zugeben will, daß jene allgemeine Formel auf ein so exzeptionelles, auf ganz spezielle Zwecke zugeschnittenes Rechtsinstitut wie die V. angewendet werden darf, so ergibt sich doch noch ein gewichtiges Bedenken: die Nebenpflicht der Zustimmung nach § 888 BGB. ist weder in ihrem Bestande noch in ihrem Inhalte von den gleichen Fragen wie der gesicherte Anspruch selbst abhängig: Der gesicherte Anspruch hängt ab von den Tatsachen, die ihn begründen; die Zustimmungspflicht des Dritten aber hängt ab von den oben aufgezählten drei Voraussetzungen, die völlig andere sind als die den Anspruch begründenden Tat-

sachen. Auch ist dem weiteren Erfordernis der Stammlerschen Formel nicht genügt, daß beide Ansprüche auf Herbeiführung des gleichen Erfolges für das Vermögen des Gläubigers abzielen müssen: der gesicherte Anspruch selbst zielt darauf ab, die anspruchsmäßige Rechtsänderung herbeizuführen; der Anspruch aus § 888 BGB. bezweckt nur die Beseitigung eines durch Ordnungsvorschriften der GBO. herbeigeführten Hindernisses der Eintragung.

Bongartz S. 13 ff. faßt das Wort Anspruch im § 883 II BGB. als „materiell rechtlich begründeter Anspruch" auf und verlangt in Konsequenz dieser Ansicht von dem Kläger aus § 888 BGB. den Nachweis, daß sein gesicherter Anspruch materiellrechtlich begründet sei; zu diesem Beweis genüge es nicht einmal, daß der gesicherte Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil produziert; denn dies beweise nur, daß der Anspruch zur Zeit der Urteilsfällung bestanden habe; er könne aber durch die Prozeßführung des Schuldners „entstanden" oder durch Versäumung von Einreden „bei Bestand erhalten worden sein". Dabei ist offenbar an die Fälle gedacht, wo ein materiell unbegründeter Anspruch durch fehlerhafte Prozeßführung des Schuldners prozessual unanfechtbar als bestehend festgestellt wird. Wollte man an dieser Auffassung festhalten, dann wäre der Kläger mit seiner Klage aus § 888 BGB. immer beweisfällig; denn wenn das rechtskräftige Urteil den Beweis für den Bestand eines Anspruchs nicht erbringen kann, dann besteht überhaupt keine Möglichkeit, diesen Beweis zu führen. Allerdings denkt sich Bongartz den Prozeß offenbar so, daß der Dritte für seine Einwendungen immer beweispflichtig ist, auch

wenn er anspruchsbegründende Tatsachen leugnet. Aber selbst so verstanden führt diese Ansicht zu Ergebnissen, die mit dem Zweck des Rechtsinstituts der V. schlechthin unvereinbar sind: der Dritte hätte es in der Hand, durch langwierige Einwendungen die beanspruchte Rechtsänderung nach Belieben hinauszuziehen und sich so im Besitz seiner anspruchswidrigen Rechtsstellung zu erhalten; dem Kläger stünde nur der wenig wirksame Behelf des § 279 ZPO. gegen diese Verschleppungstaktik zu. Da ferner die Zustimmung des Dritten, wie ja auch Bongartz S. 12 anerkennt, rein formaler Natur ist, so wäre es ein Widerspruch mit der Fiktionswirkung der V., dem Dritten ein Recht zur Verweigerung der Zustimmung zu geben: der Dritte könnte durch seine Weigerung die fiktive Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners illosorisch machen. Endlich mangelt es an jeder gesetzlichen Grundlage für die Ansicht, das Wort Anspruch im § 883 BGB. müsse im materiellen Sinn verstanden werden; aus § 883 I BGB. ist vielmehr das Gegenteil zu entnehmen.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung des V. Zivilsenats vom 8. November 1902 — RG. B. 53 S. 33 f. — sich der überwiegend vertretenen Meinung angeschlossen. Die Begründung dieser Entscheidung, die von Turnau-Förster S. 229 als „sehr anfechtbar" bezeichnet und auch von Rauchenberger S. 56 bekämpft wird, ist mit drei Argumenten geführt:

a) Dafür, daß man dem Dritten die Einreden aus dem Rechte des Anspruchsschuldners gewähre, spreche schon die allgemeine Erwägung, daß der derzeitige Eigentümer des Grundstücks ein berechtigtes Interesse daran hat, sein Eigentum von Be-

lastungen fernzuhalten, deren Nichtberechtigung er glaubt nachweisen zu können, und daß man es daher kaum als sachgemäß würde ansehen können, wenn das Gesetz ihn in seiner Verteidigung beschränkt und ihn davon abhängig gemacht hätte, ob der frühere Eigentümer von den ihm zustehenden Einreden Gebrauch macht oder nicht. — Diese Erwägungen betreffen nur den Fall, daß der Dritte in anspruchswidriger Weise am belästigten Grundstück das Eigentum erwirbt; nicht anders ist der Fall zu behandeln, daß der Dritte in eine andere anspruchswidrige Rechtsgestaltung eintritt, etwa durch anspruchswidrige Bestellung oder Löschung einer Hypothek. Die Erwägungen verraten ein wenig gerechtfertigtes Wohlwollen gegen den Dritten: beim Eintritt in die anspruchsfeindliche Rechtsstellung hat der Dritte Gelegenheit, aus dem Grundbuch zu ersehen, daß er im Begriffe steht, die Interessen des Anspruchsgläubigers zu beeinträchtigen; die V. weist warnend darauf hin, daß seine Rechtsstellung auch gegen seinen Willen vernichtet werden kann. Dem Dritten wird daher sein Risiko nachdrücklich genug vorgehalten; seine Sache ist es, die durch dieses Risiko herbeigeführte Wertminderung in Betracht zu ziehen und demnach das Kausalgeschäft zu gestalten, auf Grund dessen er in die anspruchsfeindliche Rechtsgestaltung eintritt: er muß bei seiner Kalkulation mit der Möglichkeit einer Entwehrung rechnen. Wollte man ihm das Recht geben, die Herbeiführung der beanspruchten Rechtsänderung zu verhindern, so würde sich dadurch unter Umständen ein völlig ungerechtfertigter Gewinn für den Dritten ergeben: er gewänne den Wert, um den er, einer Entwehrung gewärtig, das anspruchsfeindliche Recht niedriger eingeschätzt hatte.

Da der Dritte sein Risiko selbst kennen mußte, so liegt kein Anlaß vor, seine Interessen besonders zu schützen; außerdem liegt es beim Widerstreit zwischen den Interessen des gesicherten Gläubigers und des Dritten dem Geist des Gesetzes jedenfalls näher, dem gesicherten Gläubiger das Vorrecht einzuräumen.

b) wenn der Dritte anspruchswidrig an dem belästigten Grundstück Eigentum erworben habe und der gesicherte Gläubiger beanspruche seine Zustimmung zur Eintragung der Hypothek, so führe es zu einem nicht recht verständlichen Ergebnis, wenn man dem Dritten die Einreden versagte, die der Anspruchsschuldner gegen den gesicherten Gläubiger vorbringen kann: denn nach der so erzwungenen Bestellung der Hypothek stünden sie ihm ja gemäß § 1137 BGB. doch zu; es sei daher einfacher, die Einreden gleich in der Klage aus § 888 BGB. zu berücksichtigen. — Hier werden die Einwendungen gegen die Klage auf Bestellung der Hypothek identifiziert mit den Einwendungen gegen die Hypothekenklage, obwohl die Einwendungen regelmäßig völlig verschieden sind. Die „Forderung" des § 1137 BGB. ist die durch die Hypothek sicher gestellte Forderung, nicht der Anspruch auf Bestellung der Hypothek. Ein Beispiel mag die Unhaltbarkeit des Arguments klarstellen: A hat von B ein Darlehen erhalten und auf Drängen des B dessen hypothekarische Sicherung versprochen; der Anspruch auf Hypothekbestellung wird durch eine V. gesichert; darauf erwirbt C das Grundstück zu Eigentum. Nunmehr klagt B gegen A auf Bestellung der Hypothek, gegen C auf Zustimmung; A und C wenden ein, das Versprechen der Hypothekenbestellung sei wegen Drohung angefochten und daher nichtig. Der Ein-

wand des A wird als unbegründet, der des C entgegen der Entscheidung des Reichsgerichts als nicht zulässig abgewiesen und die Hypothek wird nach § 894 ZPO. eingetragen. Nach der Annahme des Reichsgerichts müßte nun C unverständlicherweise die Einrede, mit der er in diesem Prozeß abgewiesen wurde, der Hypothekenklage des B gegenüber noch einmal vorbringen können. Es ist jedoch klar, daß mit der Bestellung der Hypothek dieser Einwand völlig gegenstandslos geworden ist. Da durch eine V. stets nur ein Anspruch auf Bestellung einer Hypothek, niemals die actio hypothekaria gesichert werden kann, so kann der aus § 888 BGB. belangte Dritte auch niemals Einwendungen vorbringen, die geeignet sind, zugleich die Hypothekenklage zu Fall zu bringen. Daher ist es überhaupt ausgeschlossen, daß ein gegen die Hypothekenbestellungsklage gerichteter Einwand gegen die Hypothekenklage mit Erfolg vorgebracht wird.

c) Die Heranziehung des § 886 BGB. gebe Anlaß, dem Dritten die exceptiones ex iure tertii zu gewähren: wenn, wie nach dieser Vorschrift nicht zu bezweifeln sei, der neue Eigentümer allein, d. h. ohne Zuziehung des Anspruchsschuldners, mit der negatorischen Klage die Beseitigung der V. vom Gläubiger aus Gründen verlangen könne, die dem persönlichen Schuldverhältnis entnommen sind, so sei nicht abzusehen, weshalb er nicht im Fall des § 888 BGB. auf das persönliche Schuldverhältnis sollte zurückgreifen dürfen, um die Verweigerung der Zustimmung zu begründen. — Die Voraussetzung dieses Arguments, daß auch Einwendungen aus dem Rechte des Anspruchsschuldners zu dem Anspruch aus § 886 BGB. legitimierten, wird in der Literatur überwiegend angenommen, so von

Biermann S. 220; Biermann, Sachenrecht Bem. 1 zu § 886; Kober Bem. I 1 a zu § 886, S. 154; Kretzschmar Bem. 2 zu § 886, S. 98; Sekler § 26 II 2a S. 276; sogar von Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 886, S. 224; Pred. S. 204 im Widerspruch zu § 8 V 1 S. 208, wo als Kläger aus § 886 nicht der Schuldner als solcher, sondern nur als Eigentümer bezeichnet und damit die Schuldnereigenschaft des Klägers vorausgesetzt ist. Nur Fuchs S. 136 teilt die Meinung, daß der Kläger aus § 886 BGB. sich fremder Einreden nicht bedienen kann. Die gegenteilige Meinung gewährt dem Dritten ein beispiellos weitgehendes Recht, in das Rechtsverhältnis der beiden Anspruchsparteien einzugreifen, obwohl doch der Anspruch eine rein häusliche Angelegenheit zwischen Gläubiger und Schuldner ist; es muß diesen beiden allein überlassen bleiben, wie sie ihr Rechtsverhältnis gestalten wollen und ob sie eine Sicherung für das schaffen wollen, was sie beabsichtigen. Auch das Reichsgericht hat sich diesen Bedenken nicht verschließen können, glaubt sie aber mit dem Hinweis auf die berechtigten Interessen des Dritten und mit der Erwägung beseitigt zu haben, daß ein Eingriff in das Rechtsverhältnis der Anspruchsparteien gar nicht stattfinde; jenes Rechtsverhältnis bleibe unberührt und gehe zwischen den daran Beteiligten unabhängig von dem Schicksal der V. die ihm gewiesenen Wege. Diese Ausführungen sind vom Standpunkt der Begriffsjurisprudenz aus unangreifbar; der Rechtsverkehr urteilt anders; für ihn ist ein Anspruch, dem durch Löschung der V. die Sicherung und wohl auch Möglichkeit der Befriedigung entzogen worden ist, nicht mehr der alte Anspruch; der Verkehr trennt nicht begrifflich den Anspruch und die Sicherung, sondern

er kennt nur einen Anspruch, zu dessen wesentlichsten Eigenschaften seine „Gesichertheit“ gehört; für den Verkehr wäre es ein unerträglicher Zustand, wenn ein Dritter in ein Anspruchsverhältnis in der Weise eingreifen könnte, daß er gegen den Willen der beiden Anspruchsparteien den Anspruch seiner Sicherung berauben könnte. Eine derartig weitgehende Befugnis müßte im Gesetz unzweideutig ausgesprochen sein; dies ist im § 886 BGB. keineswegs der Fall; denn dort wird verlangt, daß dem Kläger eine peremptorische Einrede gegen den gesicherten Anspruch zustehe; eine Einrede gegen den Anspruch kann nur dem Schuldner dieses Anspruchs zustehen; soll ein Dritter sich auf diese Einrede berufen können, so muß dies, da nichts weniger als selbstverständlich, im Gesetz seinen Ausdruck finden.

Der Dritte muß seine Zustimmung erteilen, wenn der gesicherte Gläubiger die oben unter 2) und 3) — S. 131 — erwähnten Voraussetzungen nachweist; daß er einen Anspruch im formellen Sinn gegen den Anspruchsschuldner erhebt, ist durch die V. bereits erwiesen, so daß das Bestehen des gesicherten Anspruchs, d. h. die Tatsache, daß der Kläger vom Anspruchsschuldner ein Verhalten, sei es mit Recht oder Unrecht, verlangt, überhaupt nicht Gegenstand der Beweisführung werden wird. Mit diesen Erwägungen löst sich auch die Frage, wann die Klage gegen den Dritten auf Erklärung seiner Zustimmung gestellt werden kann. Da die Pflicht zur Erteilung des Realisationskonsenses das Korrelat der potentiellen Unwirksamkeit des Rechtes des Dritten ist, diese Unwirksamkeit aber von Anfang an besteht, so kann der Dritte jederzeit auf seine Zustimmung verklagt werden. So RG. Bd. 53 S. 30; Bongartz

S. 20; Willenbücher Bem. 1 b zu § 888, S. 28; Biermann S. 212; jetzt auch Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 888; Sekler § 18 IV 2 S. 203. Der gesicherte Gläubiger braucht daher mit seiner Klage gegen den Dritten nicht zu warten, bis die Eintragungsbewilligung des Anspruchsschuldners erteilt oder durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist, wie Fuchs Bem. 2 zu § 888 S. 139; Kober Bem. III B 2 c S. 158; Reichel S. 117; Predari § 8 III S. 203 annehmen. Über die wohl nicht haltbare Unterscheidung im Urteil des OLG. Dresden vom 31. Januar 1902 — Rspr. Bd. 4 S. 237 f. — vgl. Bongartz S. 14 und 20. Eine andere Frage ist es, ob es für den Anspruchsgläubiger zweckmäßig sei, den Dritten vor dem Anspruchsschuldner auf seine Zustimmung zu belangen; meistens wird der Dritte seinen Widerstand aufgeben, wenn der Anspruchsschuldner zur Verwirklichung des Anspruchs verurteilt wird. Erstreitet der Gläubiger zuerst die Zustimmungserklärung des Dritten, wird aber dann mit seinem Anspruch gegen den Schuldner abgewiesen, so ist des Dritten Zustimmung gegenstandslos und der Prozeß war umsonst geführt; aus diesen Gründen wird es zweckmäßig sein, von der Befugnis der sofortigen Klage gegen den Dritten vorsichtigen Gebrauch zu machen.

Nicht jede Zustimmungserklärung des Dritten führt zur Herstellung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung und damit für den Dritten zum Rechtsverlust; hiezu ist noch die Eintragungsbewilligung des Anspruchsschuldners erforderlich; da dieser seine Bewilligung kaum ohne materiellrechtliche Verpflichtung erklären wird, so genießt der Dritte wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich meistens auch für sich den Schutz der gegen den Anspruch begründeten Einreden; dadurch wird die

scheinbare Härte gemildert, die darin gefunden werden könnte, daß dem Dritten die Einwendungen aus dem Rechte des Anspruchsschuldners versagt werden.

Regelmäßig wird die Meinung vertreten, daß ein Urteil, das den gesicherten Gläubiger mit seinem Anspruch abweist, auch dem Dritten zu gute komme; so Sekler § 18 IV 4 S. 206; Bongartz S. 15; Kober Bem. III B 2b S. 158; Predari § 8 III S. 203; Reichel S. 120; Männer § 11 B Anm. 53 S. 81. Da aber der gesicherte Gläubiger auch nach seiner rechtskräftigen Abweisung seinen Anspruch noch formell aufrecht erhalten kann, so müßte der Dritte dennoch, solange die V. nicht gelöscht ist, seine Zustimmung erteilen; das Schikaneverbot des § 227 BGB. wird diesen Widersinn verhindern. Aus eigenem Recht kann der Dritte die V. nicht löschen lassen, selbst wenn der Anspruch rechtskräftig zurückgewiesen ist; denn auch dann kann ja noch der Anspruch verwirklicht werden; es ist der folgende Fall nicht unmöglich: A behauptet einen Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit am Grundstück des B zu haben; zur Sicherung wird eine V. eingetragen. Im Prozeß wird A abgewiesen; er läßt das Urteil rechtskräftig werden, behauptet aber gleichwohl, er habe seinen Anspruch auf Bestellung der Dienstbarkeit. B hat unterdessen das Grundstück dem C übertragen, die V. ist noch nicht gelöscht worden. Aus irgend welcher Laune findet sich nun B bereit, den rechtskräftig abgewiesenen Anspruch des A zu befriedigen. Hier muß C zur Servitutbestellung des B seine Zustimmung erteilen. Um dies zu vermeiden, hätte C gemeinschaftlich mit B von A die Zustimmung zur Löschung der V. verlangen müssen; denn nur, wenn feststeht, daß der formelle Anspruch weder freiwillig noch gezwungen

seine Verwirklichung finden wird, kann die Zustimmung zur Löschung der V. verlangt werden. Aus dem Kausalvertrag, kraft dessen der Dritte in die anspruchswidrige Rechtsstellung eintrat, wird ihm regelmäßig gegen den Anspruchsschuldner der Anspruch darauf zustehen, daß er, sobald dies möglich ist, zur Beseitigung der V. mitwirke.

§ 7.

Die Rechtsstellung des gesicherten Gläubigers.

Die Summe der Befugnisse und Vorteile, die dem gesicherten Gläubiger kraft der V. zustehen, ist S. 4 unter der Bezeichnung „V.-recht" zusammengefaßt worden. Da das Wesen alles Seienden aus seinen Wirkungen erkannt wird, so kann erst jetzt, da die Wirkungen der V. behandelt sind, das Wesen dieses V.-rechts erörtert werden. Dabei sind lediglich die essentiellen Wirkungen der V. in Betracht zu ziehen, wie sie aus §§ 883 II und 888 BGB. ersichtlich sind; die Vorschriften über die akzidentiellen Wirkungen der V. sind iuris singularis, vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen angeordert, aber aus dem dem Rechtsinstitut der V. zu grunde liegenden Gedanken nicht ableitbar; sie können daher nicht verwertet werden für die Frage nach dem Wesen des V.-rechts.

Es sei zunächst festgestellt, was das V.-recht nicht ist:

Kraft der V. erwirbt der gesicherte Gläubiger kein Recht am Grundstück, kein dingliches Recht; denn er steht nicht mit dem Grundstück oder Grundstücksrecht in unmittelbaren Rechtsbeziehungen, kraft deren dieses seinen Interessen in irgend einer Beziehung unterworfen oder dienstbar wäre. Die vormerkungsmäßige Sicherung besteht nicht darin, daß der belästigte Gegenstand dem Gläubiger verhaftet würde, sondern darin, daß alle anspruchswidrigen Verfügungen für den Gläubiger unschädlich sind.

Die vormerkungsmäßige Sicherung beruht auch nicht darauf, daß dem gesicherten Gläubiger ein Forderungsrecht gegeben würde: er wird nicht der Rechtsbegünstigte eines obligatorischen Rechtsverhältnisses. Allerdings entsteht mit der Eintragung der V. ein Schuldverhältnis gegen den Dritten, sofern dieser eine anspruchsfeindliche Rechtsstellung einnimmt; aber der Anspruch aus diesem Schuldverhältnis, der Anspruch aus § 888 BGB. ist nicht die Sicherung selbst, sondern nur ein zu ihrer Durchführung dienender Nebenanspruch.

Die Rechtsstellung, die der gesicherte Gläubiger kraft seiner vormerkungsmäßigen Sicherung einnimmt, läßt sich auch nicht als Gestaltungsrecht charakterisieren. Allerdings besteht zu seinen Gunsten zwischen dem Anspruchsschuldner und dem belästigten Gegenstand ein Rechtsverhältnis mit dem Inhalt, daß der Anspruchsschuldner die zur Befriedigung des Anspruchs erforderliche Verfügungsmacht über den Gegenstand nicht verlieren kann. Allein es fehlt an einem für den Begriff des Gestaltungsrechts wesentlichen Merkmal, daß nämlich der gesicherte Gläubiger auf dieses Rechtsverhältnis einwirken könne: der Gläubiger kann aus eigenem Recht in

diesem Rechtsverhältnis keine Änderung hervorbringen, er ist auf ein rein passives Verhalten angewiesen.

Die lediglich abwartende, passive Stellung, die das Gesetz dem gesicherten Gläubiger zuweist, kann somit nur als Rechtslage bezeichnet werden. Ihre Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Gläubiger davor gesichert ist, daß der Anspruchsschuldner die Verfügungsmacht über den Gegenstand verliere, auf den sich der Anspruch bezieht. Mag auch ein Dritter das ihm versprochene Recht erwerben, mag selbst das versprochene Recht gelöscht werden – der Gläubiger hat die Sicherheit, daß sein Schuldner rechtlich in der Lage sein wird, den Anspruch zu befriedigen und daß auch der Erwerber der anspruchswidrigen Rechtsstellung die Verwirklichung des Anspruchs nicht wird hindern können. Irgend ein Anspruch entspringt aus dieser Rechtslage nicht, die durch sie gewährte Sicherung wird erst aktuell, wenn der Anspruchsschuldner von seiner fiktiven Verfügungsmacht freiwillig oder gezwungen Gebrauch macht. Bis zu diesem Zeitpunkt ist auch die mit der V. gewährte Sicherung nur potentiell, gewissermaßen latent.

Mit der Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung wird die V. gegenstandslos; damit erreicht auch die Rechtslage des gesicherten Gläubigers ihr Ende, nachdem der Zweck ihres Daseins erfüllt ist. Eine förmliche Löschung der V. ist hiezu nicht erforderlich.

Es bedarf noch der Rechtfertigung, daß für diese Rechtslage des gesicherten Gläubigers der Ausdruck V.-recht gebraucht worden ist. Die Bezeichnung ist mit derselben Berechtigung gewählt, mit der man etwa von dem Inhaber eines Vollstreckungstitels

sagt, er habe ein Recht auf Eintragung einer Zwangshypothek. Das Wort „Recht“ ist hier im allgemeinsten Sinn gebraucht und bezeichnet hier eine rechtlich begünstigte Stellung außerhalb eines Rechtsverhältnisse, eine günstige Rechtsposition, die keinen Anspruch, sondern nur eine rechtliche Möglichkeit erzeugt.

Die wesentliche Wirkung der V. ist oben darin erblickt worden, daß sie eine Fiktion begründet. Jede Fiktion enthält einen irrationalen Faktor, einen Punkt, der der Rechtslogik widerstreitet; denn die Fiktion stattet einen Tatbestand a mit den Rechtsfolgen eines Tatbestandes b aus, obgleich die beiden Tatbestände nicht identisch sind. Ist nun die Auffassung von der Fiktionswirkung der V. richtig, so muß eine Art Rechenprobe einen irrationalen Faktor in der hier vertretenen „Konstruktion der V.“ ergeben. Tatsächlich ist dieser darin zu finden, daß der gesicherte Gläubiger seine beanspruchte Rechtsstellung von dem Schuldner erwirbt, obgleich dieser darüber nicht mehr verfügen kann; mit andern Worten: wenn der gesicherte Gläubiger auf grund der durch den Schuldner herbeigeführten Befriedigung seines Anspruchs in die anspruchsgemäße Rechtsstellung eintritt, so vollzieht sich ein Rechtserwerb vom Unberechtigten.

Die Rechtslogik verlangt, daß man nur *sein* Recht einem Andern übertragen kann. Indessen war der Satz des ius antiquun: Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet – Ulp. l. 54 D. 50. 17. – schon im späteren römischen Recht durchbrochen, da der Pfandgläubiger, obwohl selbst nicht Eigentümer der verpfändeten Sache, dem Pfandkäufer volles Eigentum übertrug. Das moderne Recht hat die Anwendung der unlogischen

aber praktischen Rechtsfigur des Erwerbes vom Unberechtigten erweitert, um den Rechtserwerb auf eine sichere Grundlage zu stellen. Den Rechtserwerb vom Unberechtigten regeln die §§ 892, 932 f. BGB., auch § 366 HGB.; § 405 BGB. bietet sogar die Möglichkeit, ein gar nicht bestehendes Forderungsrecht zu erwerben — Endemann Bd. I S. 863 —. An diese Fälle reiht sich der Rechtserwerb vom Unberechtigten an, der durch die Wirkung der V. ermöglicht wird. Eine Ausnahmestellung nimmt diese Bestimmung insofern ein, als sie nicht auf dem „Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit" — Ramdohr bei Gruchot Bd. 44 S. 115 ff. — beruht, sondern darauf, dem Gläubiger eines Anspruchs eine möglichst leichte und sichere Verwirklichung seines Anspruchs dadadurch zu gewährleisten, daß er unter allen Umständen sein Recht vom ursprünglichen Schuldner erwirken kann. Abgesehen vom gesetzgeberischen Motiv unterscheidet sich der Rechtserwerb kraft V. in seiner rechtlichen Bedeutung in nichts von dem Rechtserwerb nach § 892 oder § 932 BGB.

Ein typisches Beispiel mag dies veranschaulichen: A läßt zur Sicherung eines dem B zustehenden Anspruchs auf Hypothekbestellung eine V. eintragen; darauf überläßt er das Grundstück dem C zu Eigentum. Obwohl damit A die Verfügungsmacht über das Grundstück verloren hat, da C vollgültiges, unbeschränktes Eigentum erlangt hat, so kann trotzdem B von A die Hypothek anspruchsgemäß erwerben: der Wille des Gesetzes macht das logisch Unmögliche zum rechtlich Möglichen. Der Vorgang ist nicht etwa so zu denken, daß die anspruchsfeindliche Rechtsstellung des Dritten reszindiert würde, so daß infolge einer restitutio in

integrun der Anspruchsschuldner wieder in den Besitz seiner verlorenen Verfügungsmacht gelangte. Jeder Versuch zu solcher logischen Erklärung muß an der logischen Unerklärlichkeit des Rechtserwerbs vom Unberechtigten scheitern — vgl. S. 116 —. Vielmehr begründet der Anspruchsschuldner in der Person seines Gläubigers ein Recht, das ihm selbst gar nicht zustand, mit dem Erfolg, daß der Gläubiger dieses Recht anspruchsgemäß erwirbt. Daß diesem vollgültigen Rechtserwerb gegenüber das Recht des Dritten insoweit weichen muß, als es ihm widerstreitet, ist nur die selbstverständliche Folge des siegreichen Entstehens des anspruchsgemäßen Rechts. Die sog. Elisionskraft der V. Reichel S. 108 — ist daher nicht eigentlich die ureigenste, wesentlichste Wirkung der V., sondern nur eine Folgeerscheinung der Fiktionswirkung der V.

Da das anspruchsgemäße Recht in der Person des Anspruchsgläubigers entsteht, ohne zuvor in der des Anspruchsschuldners zu bestehen, so handelt es sich beim Rechtserwerb kraft V. um einen originären Erwerb. Jeder Versuch, den Rechtserwerb als einen derivativen zu konstruieren, hat zur Voraussetzung, daß die anspruchswidrige Rechtsstellung des Dritten in mehr oder minder hohem Grad für ungültig erklärt werden muß; denn nur dadurch bleibt dem Anspruchsschuldner die zum derivativen Rechtserwerb des Gläubigers unentbehrliche Verfügungsmacht über den beanspruchten Gegenstand bewahrt. Es muß aber daran festgehalten werden, daß die Rechtsstellung des Dritten ihrem Inhalt nach voll wirksam ist, daß sie nur durch die Entstehung der anspruchsgemäßen Rechtslage ihre zeitliche Begrenzung findet.

Die Tatsache, daß der Erwerb des Anspruchsgläubigers ein originärer ist, hindert nicht, daß er gleichzeitig als rechtsgeschäftlicher Erwerb zu erachten ist; denn die Begriffe „originärer Erwerb“ und „rechtsgeschäftlicher Erwerb“ schließen sich keineswegs aus. Der Gläubiger erwirbt seine anspruchsgemäße Rechtsstellung auf grund des zwischen ihm und seinem Schuldner abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, nicht unmittelbar kraft Gesetzes. Hat sich der Anspruchsschuldner durch eine anspruchswidrige Rechtsbestellung der erforderlichen Verfügungsmacht begeben, so leidet der Rechtsakt, durch den die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung herbeigeführt werden soll, an sich an einem Mangel im Tatbestand; die zu seiner Vollständigkeit erforderliche Verfügungsmacht wird durch die Fiktionswirkung der V. ersetzt. Damit wird aber nicht etwa dem Anspruchsschuldner die Verfügungsmacht zurückgegeben, sondern es wird seiner Verfügung, obgleich sie die eines Unbefugten ist, nur die gleiche Wirkung beigelegt wie der Verfügung eines Berechtigten.

Die S. 50 ff. zurückgewiesene Meinung, daß die V. zum Schutz gegen die Gefahren des Publizitätsprinzipes diene, erweist sich von diesem Gesichtspunkt aus nur als eine schiefe Formulierung eines an sich richtigen Gedankens: die V. soll zwar nicht, wie aus dieser Formulierung müßte entnommen werden, darauf hinweisen, daß der als Verfügungsberechtigter eingetragene Dritte der „wirklichen Rechtslage“ gemäß nicht berechtigt sei, wohl aber darauf, daß neben ihm der Anspruchsschuldner in gewissem Umfang als Verfügungsberechtigter gilt und demgemäß durch seine Verfügung das Recht des Dritten und jedes Rechtsnachfolgers dieses Drit-

ten vernichten kann. Die Heranziehung des Publizitätsprinzips im engern Sinn ist aber nicht zu billigen und zwar deshalb, weil das Publizitätsprinzip nur auf bestehende dingliche Rechtsverhältnisse anwendbar ist, während die V. nur auf die Möglichkeit einer künftigen Rechtsänderung hinzuweisen bestimmt ist.

Die V. sichert den Anspruchsgläubiger dagegen, daß sein Schuldner die zur Verwirklichung des Anspruchs erforderliche Verfügungsmacht verlieren könnte; einen weiteren Schutz gewährt die V. kraft ihrer essentiellen Wirkung nicht. Insbesondere sichert sie den Anspruch nicht gegen Einreden, soweit nicht die akzidentiellen Wirkungen der V. eingreifen. Mit Ausnahme Othmers S. 69 und 99 wird von allen Seiten anerkannt, daß die V. den Anspruch nicht gegen die Einrede der Verjährung sichert: so Reichel S. 82; Kober Bem. V 10 zu § 883, S. 147; Endemann § 65 Anm. 66; Sekler § 14 VI S. 148; Fuchs Bem. 5 b zu § 902, S. 197; Männer § 11 B S. 81; Kretzschmar Bem. 1 zu § 886, S. 98; Planck Bem. 2 zu § 902; Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 902; S. 322 und Bem. II 4 c zu § 883 S. 203; Crome § 376 4 a S. 184; Predari § 8 V 1 S. 208; Strecker § 18 IV S. 121; Achilles Strecker S. 17; Leyser S. 20; Barth S. 33; Weigelt S. 23; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 530; Cosack § 181 II 1 S. 45; vgl. auch Prot. III S. 118. Von dem Grundsatz des § 194 BGB., daß die Ansprüche der Verjährung unterliegen, macht § 902 BGB. eine Ausnahme zu gunsten der Ansprüche aus eingetragenen Rechten. Die V. ist aber weder ein eingetragenes Recht, noch erzeugt sie ein solches; als „eingetragen" könnte man allenfalls, wenn auch in sehr wenig zutreffender Weise — vgl. S. 14 — den Anspruch bezeichnen; aus

einem „eingetragenen Anspruch“ kann aber unmöglich noch einmal ein Anspruch entstehen, der in analoger Anwendung des § 902 BGB. der Verjährung entzogen wäre.

Ob die freiwillige oder erzwungene Eintragung einer V. unter Umständen eine Unterbrechung der Verjährung nach §§ 208, 209 Z. 5 BGB. bewirken kann, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Da die Bewilligung einer V. ein abstraktes Rechtsgeschäft darstellt, kann ohne die Kenntnis der der Bewilligung zu grunde liegenden causa negotii hierüber nichts entschieden werden; so Reichel S. 83; Endemann § 65 Anm. 66.

Die Eintragung einer V. dient stets nur zur Sicherung, niemals zur unmittelbaren Durchführung des Anspruchs; daher kann in der Eintragung einer arrestatorischen V. keine Vollstreckungshandlung nach § 209 Z. 5 BGB. erblickt werden; daß Arrest und einstweilige Verfügung in §§ 928, 936 ZPO. in einzelnen Beziehungen der Zwangsvollstreckung gleichgestellt sind, berechtigt noch nicht dazu, eine arrestatorische Maßnahme unter den Begriff der Vollstreckung zu subsumieren; in ihrem Wesen sind beide Arten von Maßnahmen dadurch verschieden, daß die arrestatorische Maßnahme Sicherung, die Zwangsvollstreckungsmaßnahme aber Befriedigung des Anspruchs zum Ziele hat. Die Eintragung einer arrestatorischen V. fällt daher nicht unter § 209 Z. 5 BGB.; ebenso Endemann und Reichel aaO.; anders Sekler § 14 VI 2 S. 148. Unklar Sekler § 14 VI 3 S. 149: „Soweit Vormerkungen nach Maßgabe des § 895 ZPO. eingetragen werden, wird die Verjährung des durch Vormerkung zu sichernden Anspruchs unterbrochen. Der Grund ist aber nicht die Eintragung der Vormerkung, sondern die klage-

weise Geltendmachung des Anspruchs.“ Die Verjährung wird dadurch unterbrochen, daß der Anspruch, dessen Verjährung zu besorgen ist, klagweise geltend gemacht wird; ob die Klage zur Eintragung einer V. nach § 895 ZPO. führt, ist für die Frage der Verjährung vollständig gleichgültig. Ebenso verfehlt ist die Frage, ob eine nach § 894 ZPO. eingetragene V. die Verjährung des Anspruchs unterbreche: Denn diese Eintragung setzt voraus, daß der Anspruch auf Eintragung einer V., nicht aber der hievon völlig verschiedene sicherungsfähige Anspruch selbst mit der Klage geltend gemacht wurde; aber nur die klagweise Geltendmachung des sicherungsfähigen, zu sichernden Anspruchs selbst kann dessen Verjährung verhindern.

Einige Schriftsteller, insbesondere die Vertreter der dinglichen Konstruktion der V., an ihrer Spitze Othmer, zeigen die Neigung, die sichernde Wirkung der V. über den Rahmen der hier so genannten Fiktionswirkung hinaus zu erweitern. Ihre Meinung läßt sich dahin zusammenfassen, daß die V. dieselben Rechtswirkungen erzeugt wie wenn die beanspruchte Rechtsänderung in dem Zeitpunkt eingetreten wäre, wo sie nach dem Inhalt des Anspruchs hätte eintreten sollen. Kraft dieser Vorwirkung der V. schreibt z. B. Strecker S. 118 der V., die zur Sicherung eines Anspruchs auf Übereignung eingetragen ist, die Wirkungen des Eigentumsrechtes zu.

Diese Meinung übersieht, daß die V. nur dazu berufen ist, die Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners über den belästigten Gegenstand im Interesse des Gläubigers zu erhalten; den Anspruch vom Zeitpunkt seiner Fälligkeit ab mit all den Wirkungen auszustatten, die das schon entstandene be-

anspruchte Recht hätte, wäre eine höchst auffallende Verwischung des im BGB. streng durchgeführten Unterschieds zwischen Anspruch und Recht. In dieser Beziehung hat das Sicherungsmittel der V. keine weitergehenden Aufgaben als die prozessualen Sicherungsmittel, Arrest und einstweilige Verfügung, sie haben: beide Rechtsbehelfe sichern wohl die Befriedigung des Anspruchs, indem sie den Leistungsgegenstand der freien Verfügungsmacht des Schuldners entziehen; aber eine positive Verwirklichung des Anspruchs kann nur durch die Herbeiführung der anspruchsgemäßen Rechtsänderung selbst erreicht werden; diese selbst kann nur nach den allgemeinen Vorschriften des Sachenrechts erfolgen, bei den sicherungsfähigen Ansprüchen des § 883 I BGB. nach den allgemeinen Vorschriften des Liegenschaftsrechts. Daher sichert die V., ebenso wie Arrest und einstweilige Verfügung, den Anspruchsgläubiger nicht gegen die Nachteile eines vielleicht langjährigen Verzuges des Anspruchsschuldners; für die hieraus entstandenen Schäden hat der Gläubiger lediglich den persönlichen, in keiner Weise besonders gesicherten Schadensersatzanspruch gegen seinen Schuldner. Die V. sichert dem gesicherten Gläubiger nur den Gegenstand des Anspruchs, nicht auch die Einhaltung der Modalitäten der Anspruchsbefriedigung.

Im einzelnen ist hierzu zu bemerken: der Gläubiger eines durch V. gesicherten Anspruchs auf Auflassung ist weder aktiv noch passiv zu den Klagen legitimiert, zu denen der Eigentümer des belästigten Grundstücks legitimiert ist. Die oben wiedergegebene Ansicht Streckers S. 118 identifiziert in ungerechtfertigter Weise den Anspruch auf Bestellung des Eigentumsrechtes mit dem Anspruch aus dem

Eigentumsrecht; richtig Sekler § 15 I 1 S. 155; Biermann S. 196; Leyser S. 15; Vervier S. 94; Kammergericht vom 28. Jan. 1901, Rspr. B. 2 S. 243. Ferner hat der Gläubiger eines durch V. gesicherten Anspruchs auf Bestellung einer Hypothek nicht die in den §§ 1133 ff. BGB. geregelten Ansprüche; denn diese setzen den vollen Bestand einer Hypothek voraus, wozu der Anspruch auf Bestellung einer Hypothek nicht genügt; so Predari § 8 IV 2 B S. 205; Biermann 195 f.; Weigelt S. 75; Philipsen S. 69; Seckler § 15 I 2 a S. 155 f.; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 524; Turnau-Förster Bem. II 4 g S. 199 und II 4 m S. 203 zu § 883, Bem. 4 zu § 1134 S. 824; Kretzschmar Bem. V zu § 883 S. 92; Kober Bem. V 5 zu § 883 S. 145; Crome § 376 Anm. 88; Oberneck bei Gruchot B. 47 S. 323; Bongartz S. 48 Anm. 1. Anders Othmer S. 93, 102; Fuchs Bem. 9 zu § 883, S. 115; Böhm Bem. III B zu § 883 S. 44; Bruck Eigentümerhypothek S. 170; Dernburg Sachenrecht § 236 3 S. 659; Vervier S. 98. Ebenso ist dem Gläubiger eines Hypothekenbestellungsanspruchs die Hypothekenklage selbst zu versagen. Die heilende Kraft der Eintragung nach § 313 S. 2 BGB. kommt der V. zur Sicherung eines Anspruchs auf Eigentumsbestellung nicht zu; so Biermann S. 132; Sekler § 15 II 2 S. 159. Über die Frage, ob eine V. zur Sicherung eines Hypothekenbestellungsanspruches eine Eigentümerhypothek begründen könne, vgl. unten.

Die einzige Wirkung der V., die sich füglicherweise als Vorwirkung bezeichnen läßt, ist die im § 883 III BGB. festgesetzte rangwahrende Wirkung der V.

Eine Sperrung des Grundbuchs wird durch die Eintragung einer V. nicht herbeigeführt; es kann

daher keine Rede davon sein, daß der Grundbuchbeamte die Eintragung anspruchswidriger Verfügungen ablehnen dürfte oder gar eine solche Eintragung von Amts wegen berichtigen dürfte; ebenso Biermann S. 158; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 513; Reichel S. 109; Predari § 8 IV 1 S. 201, Bongartz S. 30; Böhm Bem. III E zu § 883 S. 45; Strecker § 18 II S. 114; Willenbücher Bem. 11 zu § 883 S. 22; Leyser S. 11; Stintzing im Recht 1904 S. 323; Oberneck bei Gruchot Bd. 47 S. 323; Turnau-Förster Bem. II 4k zu § 883 S. 202; Endemann § 65 Anm. 57; Männer § 11 B S. 81; Kretzschmar Bem. I 1 zu § 888 S. 100; Priester im Arch. Bürg. R. Bd. 22 — 1903, S. 167, 176; Barth S. 33; Kober Bem. V 1 a β zu § 883 S. 142; OLG. Dresden 27. Oktober 1908 in Seuff. Bl. Bd. 74 — 1909, S. 219. Anders lediglich Fuchs Bem. 7 zu § 883. Auch gegen Löschungen des belästigten Rechts bewirkt die V. keine Grundbuchsperre — vgl. S. 130 —.

Zum Verzicht des gesicherten Gläubigers auf seine vormerkungsmäßige Sicherung, gegen dessen Statthaftigkeit kein Bedenken besteht, muß die Löschung der V. gefordert werden; in der Verzichtserklärung kann nur ein pactum de renuntiando erblickt werden, das dem Gläubiger die Benützung seiner Sicherstellung obligatorisch untersagt, aber einen gutgläubigen Zessionar des gesicherten Anspruchs nicht bindet; denn solange die V. eingetragen ist, bewirkt sie die Sicherung des Anspruchs, mag auch der gesicherte Gläubiger versprochen haben, von dieser Sicherung keinen Gebrauch zu machen; so Biermann S. 221 und ausführlich Reichel Umschreibung S. 50 ff. Auch ein Verzicht auf einzelne Sicherungswirkungen der V. ist nach denselben Grundsätzen zu beurteilen, vgl. Reichel aaO.

Ein Anspruch auf Eintragung einer V. ist nicht schon dann ohne weiteres gegeben, wenn ein sicherungsfähiger Anspruch nach § 883 I BGB. vorliegt. Damit die Möglichkeit der Sicherung zu einem Anspruch auf Sicherung werde, bedarf es eines weiteren, diesen Anspruch begründenden Tatbestandes, regelmäßig eines Vertrags; so Biermann S. 144; Sekler § 9 II 1 S. 55; Cosack § 177 III b S. 27; Du Chesne bei Lobe Bd. 7 S. 197. Anders Fuchs Bem. 3 a zu § 885 S. 129 und Biermann, sich selbst widersprechend S. 201. Regelmäßig wird übrigens der Anspruchsgläubiger auch ohne einen Anspruch auf Eintragung einer V. sich die Vorteile der vormerkungsmäßigen Sicherung dadurch verschaffen können, daß er im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer V. erwirkt. Da er hiezu nach § 885 I S. 2 BGB. nur den zu sichernden Anspruch selbst, nicht auch dessen Gefährdung glaubhaft zu machen braucht, so ist hiedurch tatsächlich die Möglichkeit gegeben, jeden sicherungsfähigen Anspruch auch gegen den Willen des Schuldners durch Eintragung einer V. zu sichern. Als „Anspruch" kann diese rechtliche Möglichkeit aber nicht bezeichnet werden, und zwar weder als materiellrechtlicher Anspruch des Privatrechts noch als öffentlich rechtlicher Rechtsschutzanspruch — Biermann S. 144 ; es handelt sich um eine rechtliche Möglichkeit wie etwa in dem Fall, daß der Gläubiger einer Geldforderung auf grund vollstreckbaren Titels die Eintragung einer Zwangshypothek zu erwirken die rechtliche Möglichkeit hat.

Wenn nunmehr zu der Frage der sog. Konstruktion der V. Stellung genommen werden soll, so können hiefür nur die behandelten essentiellen

Wirkungen der V. maßgebend sein. Demnach ist die Wesensdefinition der V. dahin zu formulieren:

Die V. ist ein der grundbuchrechtlichen Organisation des Liegenschaftsrechts angegliedertes Sicherungsmittel für eine gewisse Klasse von Ansprüchen; ihre Wirkung besteht darin, daß sie dem Anspruchsschuldner im Wege der Fiktion die Verfügungsmacht erhält, die zur Herbeiführung der anspruchsgemäßen Rechtsgestaltung erforderlich ist.

Die V. ist ein der grundbuchrechtlichen Ornahmen von Rechtssätzen, unter deren Tatbestandsmerkmalen sich die V. befindet. Sie sind auf ein einheitliches Prinzip, das als Basis einer die sämtlichen Wirkungen der V. umfassenden Konstruktion der V. brauchbar wäre, nicht zurückzuführen. Die folgende Darstellung der akzidentiellen Wirkungen der V. wird sich daher damit zu begnügen haben. Inhalt und Zweck einer jeden einzelnen Vorschrift festzustellen und demgemäß zu der beträchtlichen Anzahl von Streitfragen Stellung zu nehmen.

§ 8.

Die Vormerkung im Erbrecht.

Mit dem Tode des Anspruchsschuldners treten seine Erben in die passive Seite des Rechtsverhältnisses ein; sie haben in Ansehung des Anspruchs die gleichen Pflichten und Rechte wie der Erblasser; der Tod des Anspruchsschuldners ändert also grundsätzlich nur die Richtung, nicht den Inhalt des Anspruchs. Allein dieser Grundsatz der ausnahmslosen Gesamtnachfolge ist insofern durchbrochen, als der Erbe die Befriedigung eines Anspruchs, den er vom Erblasser ererbt hat, mit der Begründung

verweigern kann, er hafte für Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt, nämlich nur mit dem Nachlaß Einrede der beschränkten Erbenhaftung.

Nach der Lehre des BGB. wird durch das Vorbringen einer sog. peremptorischen Einrede nicht etwa der Anspruch, gegen den sie sich richtet, zerstört, sondern nur dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem an sich weiterbestehenden Anspruch gegeben. Wenn nun aber der Anspruch trotz der Einrede bestehen bleibt, so ist doch seine Existenz zu einer Scheinexistenz geworden, denn gerade seine wesentliche Wirkung, den Schuldner zu zwingen, ist erloschen: Der Anspruch erleidet in seinem rechtlichen Bestand zwar nach der Lehre des BGB. keine Vernichtung, wohl aber eine sehr intensive Beeinträchtigung. Mindestens insoweit wird durch Erhebung einer peremptorischen Einrede der Bestand des Anspruchs alteriert und mindestens insoweit ist der S. 14 gewählte Ausdruck gerechtfertigt, die V. schütze den „rechtlichen Bestand" des Anspruchs.

Wird durch den Tod des Anspruchsschuldners der Anspruch passiv auf seine Erben übertragen und sind diese in der Lage, die Einrede der beschränkten Haftung geltend zu machen, so kann der Anspruchsgläubiger die Befriedigung seines Anspruchs nicht erwirken. Hat jedoch der Gläubiger zur Sicherung seines Anspruchs eine V. erwirkt, so schützt ihn das Gesetz gegen diesen Nachteil, indem es im § 884 BGB. bestimmt:

> Soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, kann sich der Erbe des Verpflichteten nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen.

Mit dieser Bestimmung wird die essentielle

Wirkung der V., nämlich die Fiktion der Verfügungsmacht des Anspruchsschuldners, in keiner Weise modifiziert; die selbstverständliche Folge des Todes des Anspruchsschuldners ist nur die, daß die Fiktion jetzt für den Erben des Schuldners gilt, der in die passive Seite des Anspruchs an Stelle des Erblassers eingetreten ist. Denn das ist ja gerade die Bedeutung der Fiktionswirkung, daß durch die V. der Schuldner des Anspruchs auch mit der Verfügungsmacht ausgestattet wird, die er zur Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung haben muß. Mit der Frage der Verfügungsmacht hat der § 884 BGB. gar nichts zu tun, er verhütet nur eine dem Gläubiger nachteilige Einwirkung auf den Anspruch.

Schutzbedürftig sind nur Ansprüche, die aus Nachlaßverbindlichkeiten erwachsen, denn nur gegen Nachlaßverbindlichkeiten kann die Einrede der beschränkten Erbenhaftung vorgebracht werden; schutzbedürftig sind aber auch alle Ansprüche, die aus Nachlaßverbindlichkeiten erwachsen, denn gegen alle Nachlaßverbindlichkeiten kann die Einrede der beschränkten Erbenhaftung vorgebracht werden. Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören nach der Legaldefinition des § 1967 II BGB. nicht nur die Verbindlichkeiten, die schon in der Person des Erblassers entstanden waren und die daher der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers überkommen hat, sondern auch solche Verbindlichkeiten, die erst infolge des Erbfalls in der Person des Erben entstanden sind, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen. Demgemäß handelt der § 884 BGB. von allen Nachlaßverbindlichkeiten, nicht nur von solchen, die der Erbe vom Erblasser überkommen hat. Es wäre ver-

fehlt, aus § 884 BGB. herauslesen zu wollen, daß nur für ererbte Verbindlichkeiten die Einrede der beschränkten Haftung ausgeschlossen sein solle, wenn sie durch V. gesichert sind. Die Worte „der Erbe des Verpflichteten" sind nicht zu verstehen als „der Erbe in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger in die Verbindlichkeit des Anspruchsschuldners", sondern sie dienen nur zur Bezeichnung dessen, dem die Einrede versagt wird; die Bestimmung besagt keineswegs weniger als der Satz: Soweit der Anspruch durch die V. gesichert ist, ist dem Anspruch gegenüber die Einrede der beschränkten Erbenhaftung wirkungslos. Die Rechtfertigung für diese — nicht etwa ausdehnende, sondern lediglich nicht einschränkende — Interpretation des § 884 BGB. liegt darin, daß die Sicherung gegen die Einrede der beschränkten Erbenhaftung für alle die Ansprüche angebracht ist, denen die Einrede entgegengesetzt werden kann und daß das Gesetz eine Beschränkung auf die ererbten Verbindlichkeiten nirgends andeutet. Demnach ist im § 884 BGB. der allgemeine Satz aufgestellt: „Vormerkung bricht Erbbeschränkung" — Reichel S. 138; ebenso Sekler § 20 I 1 a γ S. 218. Anders ohne Begründung Biermann S. 162; Kober Bem. d zu § 884, S. 149; Turnau-Förster Bem. II 1 zu § 884 S. 206 und implicite auch Bongartz S. 60, die § 884 BGB. nur für ererbte Anspruchsverbindlichkeiten gelten lassen.

Der § 884 BGB. greift jeder Einrede der beschränkten Erbenhaftung gegenüber durch, gleichgültig, auf welchen Tatbestand die Einrede gestützt wird; daher ist eine Stellungnahme zu der Frage nicht erforderlich, ob der Erbe grundsätzlich beschränkt haftet und daher dieses Privilegium nur durch gewisse Unterlassungen verliert oder ob er sich dieses

Privilegium durch gewisse Handlungen erst erringen muß. Soweit die Einrede der beschränkten Haftung dem gesicherten Anspruch gegenüber versagt, ist der Vorbehalt nach § 870 I ZPO. in das Urteil nicht aufzunehmen; die von Sekler § 20 I c β S. 219 vorgeschlagene Tenorierung „dem Beklagten werde die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten, soweit nicht der Anspruch des Klägers durch die V. gesichert ist" leidet, abgesehen von ihrer Unbestimmtheit, an einem Widerspruch mit § 780 ZPO.; nach dieser Vorschrift wird nämlich nicht der Wegfall der Beschränkung, sondern nur die Beschränkung der Haftung in den Tenor aufgenommen.

Die Einrede der beschränkten Haftung versagt der V. gegenüber, ohne Unterschied, ob die V. vor oder nach dem Erbfall, auf Bewilligung des Erblassers oder des Erben hin eingetragen worden ist; denn § 884 BGB. trifft über diese Umstände keine Unterscheidung, sondern knüpft den Ausschluß der Einrede allein an das tatsächliche Vorhandensein der V.; daher versagt die Einrede der beschränkten Erbenhaftung gegenüber dem gesicherten Anspruch auch dann, wenn die sichernde V. erst nach dem Erbfall eingetragen worden ist; ebenso Biermann S. 161 und Sachenrecht Bem. I zu § 884 S. 66 mit der nicht gerechtfertigten Beschränkung auf die Nachlaßverbindlichkeiten, die der Erbe ererbt hat; Sekler § 20 I 1a α S. 217 und § 20 I 3 S. 224; Turnau-Förster Bem. II 1 zu § 884 S. 206; wohl auch Vervier S. 50 und 53. Dagegen behaupten Kober Bem. c zu § 884 S. 149; Planck Bem. 2 zu § 884 S. 119; Bongartz S. 60 und 64 f., wohl auch Barth S. 42: Der Erbe könne die Einrede seiner beschränkten Haftung nicht mehr dann geltend machen,

wenn die den Anspruch sichernde V. erst nach dem Erbfall eingetragen worden sei. Kober begründet seine Ansicht damit, daß in diesem Fall der Erbe alle Einreden vorschützen könne, die vor der Eintragung der V. für ihn gegen den Anspruch begründet waren — eine lediglich redaktionelle Änderung des früheren Planckschen Arguments: nach dem Tode des Erblassers dürfe dem Erben keine in diesem Zeitpunkt begründete Einrede mehr entzogen werden. Neuerdings schließt Planck aaO. die Einrede aus, wenn der Erbe selbst die Eintragung der V. bewilligt hat, weil die erbrechtlichen Vorschriften den Erben gegen die unbeschränkte Haftung nicht schützten, wenn er die unbeschränkte Haftung durch eigenes Tun herbeigeführt habe. Die Entscheidung der Frage ist aus den Bestimmungen des § 1990 BGB. zu entnehmen; da aber beide Parteien sich auf diese Vorschrift berufen und zwar Biermann per argumentum e contrario, Planck aber per analogiam, so muß erst ermittelt werden, ob diesen Sätzen, insbesondere dem § 1990 II BGB., die Bedeutung einer allgemeinen Norm oder einer Ausnahme zukommt. Die durch § 1990 I BGB. dem Erben gewährt Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses Abzugseinrede — stellt sich als eine Erscheinungsform der Einrede der beschränkten Haftung dar Binder III § 26 S. 203; Strohal § 81 I Anm. 3, der sie korrekter als Cosack § 382 II S. 771 als „Einrede der beschränkten Haftung wegen Dürftigkeit des Nachlasses" bezeichnet. Für sämtliche Fälle, wo die Einrede der beschränkten Haftung statthaft ist, greift nun der § 884 BGB. ein; daher wird der V. gegenüber auch die Abzugseinrede versagt: das „Recht des Erben" — d. i. das Einrederecht — wird durch die V. ausgeschlossen.

Von dieser Regel statuiert § 1990 II BGB. eine Ausnahme: das Einrederecht bleibt bestehen, wenn die V. erst nach dem Erbfall und auf grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist. Diese Ausnahme gilt also nicht für alle V.en, die vor dem Erbfall eingetragen sind und von den nach dem Erbfall eingetragenen V.en nicht für die bewilligten V.en. Der Absatz II des § 1990 BGB. ist daher, worauf ja auch schon seine äußere Stellung hinweist, als Ausnahmevorschrift anzusehen, weshalb seine analoge Anwendung nicht gebilligt werden kann. Vielmehr ist im § 1990 I BGB. latent der Satz enthalten: Die Abzugseinrede versagt gemäß der Vorschrift des § 884 BGB. Wenn § 1990 II BGB. für die Einrede der beschränkten Haftung wegen Dürftigkeit des Nachlasses hievon eine Ausnahme bestimmt, so ist es nicht gerechtfertigt, ohne dringenden Grund diese Ausnahme auf die Einreden der beschränkten Haftung auszudehnen, die sich auf einen andern Tatbestand als den der Dürftigkeit des Nachlasses stützen. Bongartz S. 60 und 65 wendet gegen die hier vertretene Meinung ein: Da nach dem Tode des Erblassers sich der Anspruch gegen den Erben richte, so sei, wenn nach dem Erbfall eine V. eingetragen würde, diese V. gerichtet gegen den Erben in seiner Eigenschaft als Verpflichteten, nicht aber gegen den Erben in seiner Eigenschaft als Erben des ursprünglich Verpflichteten. Der Einwand beruht auf der S. 161 zurückgewiesenen Ansicht, § 884 BGB. versage die Einrede der beschränkten Haftung nur gesicherten Ansprüchen gegenüber, die im Wege des Erbgangs passiv auf den Erben übergegangen seien, während diese Vorschrift überhaupt für alle Nachlaßverbindlichkeiten gilt.

§ 884 BGB. bezieht sich seinem Wortlaut nach nicht auf den Fall, daß der Dritte, der zur Erteilung des Realisationskonsenses nach § 888 BGB. verpflichtet ist, stirbt, so daß der Erbe in diese Verpflichtung einträte. Nach der hier vertretenen Anschauung, daß dieser Anspruch als obligatio in rem scripta zu betrachten ist, kann von einer Vererbung dieser Verpflichtung überhaupt keine Rede sein; wenn der Anspruch auf Erteilung des Realisationskonsenses überhaupt gegen die Person des Erben entsteht, so geschieht dies nicht deshalb, weil der Erbe in die Verpflichtung des Erblassers einträte, sondern deshalb, weil in der Person des Erben die S. 115 genannten Voraussetzungen zutreffen, die den Schuldner der obligatio in rem scripta bestimmen. Der Anspruch aus § 888 BGB. kann niemals eine Nachlaßverbindlichkeit sein, womit die Anwendungsmöglichkeit für den § 884 BGB. überhaupt entfällt. Ebenso im Ergebnis, wenn auch mit sehr verschiedenen Begründungen Fuchs Bem. 2 d zu § 884, S. 124; Bongartz S. 58, weil diese Verpflichtung „auf dem Grundstück ruhe"; Biermann S. 163 wegen der nur formalen Bedeutung der Zustimmung des Dritten; Reichel S. 137, weil der Erbe nicht mehr Rechte könne geltend machen als sein Gesamtvorgänger, dieser aber sein Recht nur sub conditione resolutionis erworben habe[1]. Sekler § 20 I b S. 218 folgert seine Ansicht „aus der dinglichen Natur des V.-anspruchs". Anderer Ansicht anscheinend Vervier S. 49.

Die Ansprüche aus § 888 BGB. und der ge-

[1] Zu diesem Argument ist zu bemerken, daß der Erbe allerdings nicht mehr Rechte, wohl aber weniger Verbindlichkeiten hat als der Erblasser, nämlich das minus an Verbindlichkeiten, das durch die Einreden der beschränkten Haftung begründet wird.

sicherte Anspruch selbst sind stets streng auseinanderzuhalten; treffen sie beide in der Person des Erben passiv zusammen, so geht natürlich der Anspruch nach § 888 BGB. in dem gesicherten Anspruch auf: Bongartz S. 61.

Völlig verkennt die Bedeutung des § 884 BGB. Weigelt S. 32/3, der meint, der Erbe habe lediglich eine formelle Erklärung abzugeben, so daß die Frage der beschränkten Erbenhaftung überhaupt nicht in Betracht käme. Die „Verwirrung", die in diese Lehre hineingetragen worden ist, liegt nicht auf der Seite des Gesetzes. Der gesicherte Anspruch geht, wie gegen den Erblasser, so auch gegen den Erben auf Herbeiführung der anspruchsgemäßen Rechtsgestaltung; die dazu erforderliche Willenserklärung ist höchst materiell rechtlicher Natur.

Nicht erforderlich ist zur Anwendung des § 884 BGB., daß der durch V. belästigte Gegenstand zum Nachlaßgut gehöre; der dahin gehende Antrag — Prot. III S. 741 § f II S. 748 — hat die Billigung der Gesetzgeber nicht gefunden. § 884 BGB. greift daher auch dann ein, wenn der belästigte Gegenstand zum Privatvermögen des Erben oder sogar einem Dritten gehört. Man denke folgenden Fall: A vermacht dem B sein Grundstück g; zur Sicherung dieses künftigen Anspruchs wird eine V. eingetragen. Darauf überträgt A das Grundstück dem D. Nach dem Tode des A richtet sich der Anspruch des Vermächtnisnehmers B gegen seinen Universalerben C. Nun hat C kraft seiner fiktiven Verfügungsmacht die Auflassung zu erklären, ohne daß er sich auf eine Beschränkung seiner Erbenhaftung berufen dürfte; der bisherige Eigentümer des Grundstücks g, nämlich D, hat zur Eintragung des B als Eigentümer seine Zustimmung nach § 888

BGB. zu erteilen. Mit seiner Eintragung erwirbt B das Eigentum am Grundstück g.

Turnau-Förster, Bem. II 2 zu § 884 S. 206 wollen § 884 BGB. nur unter der Voraussetzung anwenden, daß die V. an einem Nachlaßgegenstand „hafte", da in andern Fällen der Erbe nicht in die Lage kommen könne, sich auf die Beschränkung seiner Haftung zu berufen. Diese Ansicht ist abzulehnen, weil eine solche Unterscheidung dem § 884 BGB. nicht entnommen werden kann und weil der Erbe sehr wohl in die Lage kommen kann, Nachlaßverbindlichkeiten regeln zu müssen, die sich auf Gegenstände beziehen, die nicht zum Nachlaß gehören — ein Fall, der in den § 2169 ff. BGB. im Gesetz selbst vorgesehen ist. Derselben Meinung sind Fuchs Bem. 2b zu § 884 S. 123 und Sekler § 20 I 1a β S. 217. Wie Turnau-Förster auch Weigelt S. 32 Anm. 2.

Die Einrede der beschränkten Erbenhaftung ist dem gesicherten Anspruch gegenüber nur soweit ausgeschlossen, als der Anspruch durch die vormerkungsmäßige Sicherung gedeckt ist. Ist der Anspruch auf Übertragung eines Grundstücks gesichert und im Erbgang passiv auf den Erben übergegangen, so kann der Erbe wegen der vertragsmäßig — entgegen dem § 449 BGB. — übernommenen Kosten der Auflassung die Einrede seiner beschränkten Haftung vorbringen; denn der Anspruch auf Kostenerstattung ist nicht sicherungsfähig. So Kober Bem. b zu § 884, S. 149; Sekler § 20 I 1c S. 219; Bongartz S. 57; Biermann 161; Biermann Sachenrecht Bem. 1 zu § 884; Planck Bem. 3 zu § 884; Kretzschmar Bem. zu § 884, S. 94; Turnau-Förster Bem. II 2 zu § 884, S. 207; Fuchs Bem. 3 zu § 884 S. 124; bedenklich Endemann § 65

Anm. 68 S. 419, der meint: würde der Wert des Grundstücks den Betrag der unter V.-schutz beanspruchten Hypothek nicht decken, so träten für den Restbetrag die allgemeinen Regeln über die beschränkte Erbenhaftung in Kraft. Sicherungsfähig ist nicht ein Anspruch auf hypothekarische Sicherstellung einer bestimmten Forderungssumme, sondern nur der Anspruch auf Bestellung einer Hypothek bestimmten Umfangs; ob diese Hypothek genügende Sicherheit bietet, ist hier gegenstandslos.

Vielfach wird ein Verzicht auf die Einrede der beschränkten Haftung darin erblickt, daß der Erbe zur Sicherung einer Nachlaßverbindlichkeit die Eintragung einer V. bewilligt. So Barth S. 42; Biermann S. 163; Reichel S. 137; Sekler § 20 I 3 S. 224. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden: zunächst kann eine abstrakte Eintragungsbewilligung niemals als konkludente Willenserklärung gewertet werden; ohne die Kenntnis der causa negotii kann aus der abstrakten Erklärung hiefür nichts entnommen werden. Abgesehen hievon ist es nicht richtig, da von einem Verzicht zu reden, wo der Rechtsverlust des Verzichtenden nicht unmittelbar infolge seiner Verzichtserklärung, sondern kraft Gesetzes eintritt: wenn der Hypothekengläubiger die Zahlung des Kapitals annimmt, so kann darin trotz § 1164 BGB. kein Verzicht auf die Hypothek gefunden werden. Die Bewilligung einer V. durch den Erben hat allerdings den Verlust der Einrede der beschränkten Haftung zur Folge, aber nicht, weil hierin ein Verzicht auf die Einrede zu erblicken ist, sondern weil der Verlust der Einrede die gesetzliche Folge der Eintragung der V. ist; ebenso Bongartz S. 60, wenn auch aus anderen Gründen.

Die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 BGB. fallen nicht unter den Begriff der Einrede der beschränkten Haftung; sie würden daher an sich auch dem gesicherten Anspruch gegenüber durchdringen; indessen versagt § 2016 I BGB. die aufschiebenden Einreden in denselben Fällen, wo die Einrede der beschränkten Haftung ausgeschlossen ist. Demnach versagen die aufschiebenden Einreden regelmäßig dem vormerkungsweise gesicherten Anspruch gegenüber. Macht jedoch der Erbe die Einrede der beschränkten Haftung wegen Dürftigkeit des Nachlasses geltend, so stehen ihm die aufschiebenden Einreden gegenüber dem Anspruch zu, zu dessen Sicherung erst nach dem Erbfall eine arrestatorische V. eingetragen worden ist; dies folgt aus § 1990 II mit § 2016 I BGB. Sekler § 20 II S. 225 begründet den Satz, daß der Erbe mit der Einrede der beschränkten Haftung zugleich auch die aufschiebenden Einreden gegenüber dem gesicherten Anspruch verliert, aus der Bestimmung des § 2016 II BGB. „Wenn nämlich die dilatorischen Einreden gegenüber denjenigen V.en zugelassen werden, welche im Wege der einstweiligen Verfügung nach Eintritt des Erbfalls getroffen werden [gemeint ist: eingetragen werden!], so muß man a contrario schließen, daß die Einreden gegenüber den andern V.en versagt sind". Dieses Argument ist überflüssig, da der zu beweisende Satz mit aller Deutlichkeit im § 2016 I BGB. enthalten ist; außerdem ist es unzutreffend, weil im Abs. II des § 2016 BGB. nicht von der Einrede der beschränkten Haftung, sondern vom Ausschluß der Nachlaßgläubiger die Rede ist, der eine wesentlich andere Folge hat als daß er dem Erben die Einrede der beschränkten Haftung gäbe.

Dem Nachlaßgläubiger droht, abgesehen davon, daß er die Einrede der beschränkten Erbenhaftung gewärtigen muß, eine weitere Gefahr dadurch, daß er durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger in die ungünstige Position des § 1973 BGB. gedrängt werden kann. Der durch V. gesicherte Gläubiger ist gemäß § 1971 S. 2 BGB. dieser Gefahr entrückt, soweit seine Sicherung reicht. Ebenso ist der durch V. gesicherte Gläubiger davor geschützt, daß er durch Verschweigung nach § 1974 BGB. in Nachteil geraten könnte — § 1974 III mit § 1971 S. 2 BGB.

Soweit ein Nachlaßgläubiger durch V. gesichert ist, wird er also vom Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht betroffen; in demselben Umfang sind ihm gegenüber auch dem Erben die aufschiebenden Einreden versagt — § 2016 II BGB.; nur einem Anspruch gegenüber, der erst nach dem Erbfall durch arrestatorische V. gesichert worden ist, kann der Erbe die aufschiebende Einreden vorbringen, obwohl dieser Anspruch vom Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird — § 2016 II BGB.

Endlich kann der Erbe die Abzugseinrede vorbringen, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht: § 1992 BGB.; in diesem Fall ist die Abzugseinrede auch einem durch V. gesicherten Anspruch gegenüber zulässig. § 1992 BGB. gibt nämlich dem Erben die Abzugseinrede, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 BGB. nicht vorliegen; im § 1990 I BGB. ist aber implicite enthalten: gegenüber dem durch V. gesicherten Anspruch versagt die Abzugseinrede — vgl. S. 165 —. Da nun § 1992 BGB. die Abzugseinrede unter allen Umständen gewährt und hiebei den gesamten Inhalt des § 1990 BGB.

für gegenstandslos erklärt, so ist damit auch die in § 1990 BGB. stillschweigend enthaltene Ausnahme für die gesicherten Ansprüche für unerheblich erklärt; damit ist die Abzugseinrede nach § 1992 BGB. auch gesicherten Ansprüchen gegenüber zugelassen. Argumento a maiori ad minus ergibt sich daraus, daß auch eine Zwangsvormerkung gegen die Abzugseinrede des § 1992 BGB. keinen Schutz verleiht; ebenso Sekler § 20 2a S. 222 f.; Biermann S. 163.

Nach § 1958 BGB. droht dem Nachlaßgläubiger der Nachteil, daß er seinen Anspruch vor der Annahme der Erbschaft gegen den Erben nicht einklagen kann; gegen diesen Nachteil gewährt auch die V. keinen Schutz: Turnau-Förster Bem. II 3 zu § 884 S. 208.

§ 9.

Die Vormerkung im Konkursverfahren.

Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Anspruchsschuldners wird der rechtliche Bestand des Anspruchs an sich nicht beeinträchtigt; nach wie vor der Konkurseröffnung kann der Anspruchsgläubiger von seinem Schuldner die volle Befriedigung des gesamten Anspruchs verlangen. Freilich wird der rechtlich intakte Anspruch wirtschaftlich mehr oder weniger dadurch entwertet, daß der Kridar nicht in der Lage ist, ihn zu befriedigen; denn mit der Konkurseröffnung verliert er ja die Verfügungsmacht über sein Vermögen und wenn er sie nach Beendigung des Konkurses wieder erlangt, ist das Vermögen regelmäßig auf-

geteilt. Das Gesetz trägt diesen tatsächlichen Schwierigkeiten dadurch Rechnung, daß es dem Anspruchsgläubiger zwar seinen Anspruch unverkümmert erhält, ihn aber gewissen Beschränkungen unterwirft, wenn er durch Anmeldung im Konkurs die Befriedigung des Anspruchs betreiben will: der Anspruchsgläubiger muß sich mit der Konkursquote begnügen, er hat nur Anspruch auf Wertersatz, nicht auf Naturalbefriedigung für seinen Anspruch, er muß die Folgen des sog. Wahlrechts des Konkursverwalters auf sich nehmen.

Der durch V. gesicherte Gläubiger ist durch die Fiktionswirkung der V. gegen diese Nachteile geschützt; denn die Verfügungen, die durch den Konkursverwalter erfolgen, sind ihm gegenüber nach § 883 II 2 BGB. unwirksam, dh. sie berauben in ihrer Endwirkung den Anspruchsschuldner nicht der Verfügungsmacht, die er zur Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsänderung braucht. Der gesicherte Gläubiger kann daher dem Konkurs seines Anspruchschuldners mit voller Seelenruhe entgegensehen: der Bestand seines Anspruchs wird durch die Konkurseröffnung in keiner Weise alteriert — über die Ausnahme beim Zwangsvergleich siehe unten — und auch die Verwirklichung des Anspruchs ist völlig sichergestellt: wenn der Gläubiger nach Beendigung des Konkursverfahrens dazu schreitet, seinen Anspruch durchzuführen, so ist die Rechtslage keine andere, wie wenn der Schuldner den belästigten Gegenstand einem Dritten übereignet hätte: die Quasiverfügung des Konkursverwalters steht ja der eigentlichen Verfügung des Schuldners völlig gleich. Der gesicherte Gläubiger kann daher von seinem ursprünglichen Schuldner kraft des vollständig in-

takten Anspruchs die Herbeiführung der beanspruchten Rechtsänderung, vom Dritten die hiezu etwa erforderliche formelle Eintragungsbewilligung nach § 888 BGB. verlangen; vermöge der Fiktionswirkung der V. ist der Anspruchsschuldner auch legitimiert, die Rechtsänderung vollwirksam herbeizuführen.

Da der gesicherte Gläubiger durch die Konkurseröffnung in seiner Sicherheit keine Einbuße erleidet, so erscheint es überflüssig, daß im § 24 KO. noch eine besondere Schutzmaßregel getroffen worden ist. Indessen ist diese Bestimmung zum ausreichenden Schutz des Gläubigers erforderlich, wenn er während der Dauer des Konkursverfahrens seinen Anspruch verwirklichen will. Da während der Dauer des Konkursverfahrens dem Anspruchsschuldner die Befugnis fehlt, über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verfügen, so wären seine Rechtshandlungen unwirksam, mit denen er die anspruchsgemäße Rechtsgestaltung herbeizuführen versuchte. Es war daher eine Bestimmung erforderlich, die dem Gläubiger des gesicherten Anspruchs die volle Durchführung und Verwirklichung des Anspruchs auch während der Dauer des Konkursverfahrens gewährleistete; dies ist der Zweck des § 24 KO., der lautet:

> Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Rechte oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkurs-

verwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen.

Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung würde das Gesetz einen Unterschied machen zwischen dem Grundstück und dem Grundstücksrecht, das durch die V. belästigt ist: zum Tatbestand wäre erforderlich, daß das Grundstück dem Kridar gehörte, während beim Grundstücksrecht es genügen würde, wenn der Kridar als sein Inhaber eingetragen wäre. Da irgend ein Grund für diese verschiedene Behandlung der Grundstücke und der Grundstücksrechte nicht ersichtlich ist, so muß diese Fassung, die auch im § 14 II KO. gewählt ist, als ungewollte Ungenauigkeit im Ausdruck betrachtet werden; es soll damit nichts anders gesagt sein, als daß Grundstück wie Grundstücksrechte zur Konkursmasse gehören müssen; ebenso Sekler § 21 IV 1 a S. 233; Biermann S. 165 Anm. 19; Reichel S. 132; Sarwey-Bossert Bem. 3 zu § 14 S. 89; Jäger Bem. 34 zu § 14 S. 113.

Der Kreis der Ansprüche, die im § 24 KO. mit dem Privileg ausgestattet sind, fällt mit dem Kreis der Ansprüche zusammen, denen § 883 BGB. die vormerkungsmäßige Sicherung zugänglich macht; der § 24 KO. besagt daher nichts anders als: bezieht sich ein durch Eintragung einer V. gesicherter Anspruch auf einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand, so kann der Gläubiger vom Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen.

Im vorstehenden wie auch im folgenden ist stets vorausgesetzt, daß der Anspruch wie auch der belästigte Gegenstand vom Konkurs überhaupt betroffen wird; soweit dies nicht der Fall ist — etwa

bei einem Fideikommißvermögen des Kridars oder wenn der Kridar den Anspruch erst nach der Konkurseröffnung gegen sich begründet oder den belästigten Gegenstand erst nach der Konkurseröffnung erwirbt — greifen die konkursrechtlichen Regeln überhaupt nicht ein, so daß sich kein Anlaß zu Besonderheiten bietet.

Die Bedeutung des § 24 KO. ergibt sich aus folgender Überlegung: die essentielle Wirkung der V. beruht darin, daß sie den Anspruchsschuldner mit der zu Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung erforderlichen Verfügungsmacht im Wege der Fiktion ausstattet. Soweit die Befriedigung des Anspruch aus der Konkursmasse erfolgen müßte, ist dem Kridar durch die Konkurseröffnung aber die Verfügungsmacht entzogen; darum ordnet § 24 KO. an, daß an Stelle des Anspruchschuldners der Konkursverwalter den Anspruch befriedigen muß: der Konkursverwalter tritt kraft Gesetzes für den Schuldner in die passive Seite des Anspruchs ein, solange der Schuldner wegen des Mangels der Verfügungsmacht die beanspruchte Rechtsänderung nicht herbeiführen kann. Eine weitere Veränderung, außer dem Wechsel in der Person des Verpflichteten, erfährt der Anspruch durch die Konkurseröffnung nicht, insbesondere bleibt sein Inhalt völlig unverändert. Durch § 24 KO. wird der gesicherte Anspruch über das Niveau der gewöhnlichen Konkursansprüche erhoben: der Gläubiger kann auch im Konkurs uneingeschränkte reale Befriedigung seines Anspruchs verlangen — Jäger Bem. 13 zu § 24, S. 197; Bem. 15 zu § 24 S. 198; Sekler § 21 IV 2b S. 236.

Soweit der Anspruch durch V. gesichert ist, kann er im Konkursverfahren geltend gemacht

werden, ist aber den beschränkenden Vorschriften für Konkursansprüche nicht unterworfen.

Hieraus ergeben sich die nachstehenden Folgerungen:

Da der gesicherte Gläubiger kein „Konkursgläubiger" ist, gilt § 12 KO. für ihn nicht; dasselbe gilt für § 14 I KO.

Der gesicherte Anspruch unterliegt keiner Rangordnung — §§ 61 f. KO. —; die Vorschriften über betagte und befristete Ansprüche — §§ 65 ff. KO. Hellmann § 21 B S. 215. — gelten nicht für gesicherte Ansprüche; eine Abschätzung des gesicherten Anspruchs nach seinem Geldwert findet nicht statt — § 69 KO.; da die V. kein Absonderungsrecht gewährt, ist § 64 KO. unanwendbar. Eine eingehende Aufzählung der für gesicherte Ansprüche nicht geltenden Vorschriften der KO. geben Sekler § 21 IV 2b S. 236 ff. und Jäger Bem. 15 zu § 24 S. 198; hier genüge die Generalklausel: die beschränkenden Bestimmungen der KO. gelten nicht für Ansprüche, die durch Eintragung einer V. gesichert sind.

Auch das dem Verwalter nach § 17 KO. zustehende Wahlrecht versagt gegenüber einem gesicherten Anspruch. Nachdem Oberneck, Biermann Strecker, dieser nach dem Berichte von Planck Bem. I 1 zu § 888 S. 126, ihre gegenteilige Ansicht aufgegeben haben, wird diese Meinung mit erdrückender Mehrheit vertreten: Oberneck § 50 43 S. 447; Priester im Arch. ziv. Prax. Bd. 22 S. 171, 193; Reichel S. 134; Biermann S. 164; Planck aaO.; Turnau-Förster Bem. 41 zu § 883 S. 201; Barth S. 41; Predari § 8 IV 1 S. 201; Böhm Bem. C zu § 883 S. 45; Weigelt S. 20; Kober Bem. V 6b *a* S. 146; Neumann in der JW., 1902 S. 457; Jäger Bem.

21 zu § 24 S. 199; Vervier S. 63; Willenbücher Bem. 16 zu § 883 S. 23; Sekler § 21 IV 1 c S. 235. Nur Bongartz S. 47 verteidigt die alte Meinung Streckers S. 116, weil der Inhalt des Anspruchs durch die V. nicht geändert werde. In dieser Begründung ist übersehen, daß es nicht zum Inhalt des Anspruchs gehört, wenn der Verwalter dem Anspruch gegenüber sein Wahlrecht ausüben kann; das Wahlrecht ist kein vitium internum, das dem Anspruch anhaftete, sondern es tritt von außen an den Anspruch heran. Reichel erblickt in dieser Ansicht eine Härte für den Fall, daß der Konkursverwalter einem insolventen Anspruchsgläubiger vorauszuleisten verpflichtet ist und es versäumt, von dem Rechtsbehelf des § 321 BGB. Gebrauch zu machen; die angebliche Härte wird durch die Nachlässigkeit des Verwalters herbeigeführt, die keinen Schutz verdient.

Eine Kontroverse besteht über die Frage, ob die V. ein Aussonderungs- oder ein Absonderungsrecht gewähre. Ein Aussonderungsrecht kann nur für die V. zur Sicherung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung in Frage kommen. Da das Aussonderungsrecht nur die Wirkung des Eigentumsrechts ist, die V. aber für sich allein kein Eigentum begründet, so kann die V. dem Gläubiger kein Aussonderungsrecht gewähren. Die V. erzeugt aber auch kein Absonderungsrecht. Die in den § 47 KO. erschöpfend — § 4 KO. — aufgezählten Fälle des Absonderungsrechts umfassen den durch V. gesicherten Anspruch nicht. Biermanns Berufung auf § 47 KO. ist ungenügend — so Hellmann S. 216 Anm. 5. Etwas völlig anderes ist es, wenn der gesicherte Gläubiger dank seiner Sicherung in seine beanspruchte Rechtsstellung trotz der Konkurs-

eröffnung eintreten kann und auf grund dieser Rechtsstellung ein Absonderungs- oder Aussonderungsrecht geltend machen kann; in diesem Fall verdankt der ehemalige Gläubiger des nunmehr befriedigten Anspruchs sein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht nicht etwa der V., sondern der Rechtsstellung, zu der ihm die V. die Wege allerdings geebnet hat. Es ist daher eine bis zur Unverständlichkeit abgekürzte Ausdrucksweise, wenn behauptet wird, die V. erzeuge ein Absonderungsrecht, wie dies von folgenden Autoren geschieht: Sekler § 21 IV 2 S. 235; Turnau-Förster Bem. II 4 i zu § 883 S. 200; Neumann in der JW. Bd. 31 — 1902 S. 457; Othmer S. 63; Reichel S. 133; Crome § 376 4 c β; Predari § 8 IV 2 B S. 206; Kober Bem. V 6 b β zu § 883 S. 146; Strecker S. 116; Weigelt S. 19; Priester im ArchBürgRecht Bd. 22 S. 171; Oberneck § 50 4 3 S. 447; Biermann S. 200; Biermann Sachenrecht Bem. 3 c zu § 883 S. 65. Der in der II. Kommission gestellte Antrag, den durch V. gesicherten Anspruch mit einem Absonderungsrecht auszustatten, ist nicht Gesetz geworden Prot. III S. 109, Antrag 4 c. Im Sinn der hier vertretenen Meinung: Bongartz S. 48; Jäger Bem. 14 zu § 24 S. 198. Fuchs Bem. 7 c zu § 883 S. 112; richtig, aber inkonsequent Vervier S. 67, auch Sekler im Widerspruch mit seiner Annahme eines Absonderungsrecht aaO. in seinen Ausführungen S. 236: „Wird die V. [d. h. der gesicherte Anspruch] während des Konkurses durchgeführt, so entstehen entweder Aussonderungs- oder Absonderungsrechte.“ Unglücklich ist sein Ausdruck, die V. erzeuge Aussonderungsrechte; die V. ermöglicht, nicht aber bewirkt deren Entstehung.

Der § 24 KO. geht auch dem § 26 KO. vor:

ist daher ein Anspruch der im § 26 KO. genannten Klasse durch V. gesichert, so ist § 24 KO. anzuwenden; dies ergibt sich daraus, daß § 26 im Verhältnis zu § 24 KO. die spezielle Norm darstellt; ebenso Jäger Bem. 8 zu § 26. Sekler § 21 IV 2b S. 237 begründet seine abweichende Meinung damit, daß die V. ein Absonderungsrecht erzeuge und daher unter die Ausnahme des § 26 S. 2 KO. falle; da diese Wirkung der V. nicht anerkannt werden kann, so kann auch Seklers Meinung nicht geteilt werden.

Daß der gemäß § 24 KO. beklagte Konkursverwalter sich aller der Einwendungen bedienen kann, die dem Kridar zugestanden hätten, ist nur die selbstverständliche Folge daraus, daß der Konkursverwalter an Stelle des Anspruchsschuldners in die passive Seite des Anspruchs eintritt; Bongartz S. 47; Sekler § 71 IV 1b S. 234; Biermann S. 164.

Wenn der zur Erteilung des Realisationskonsenses nach § 888 BGB. Verpflichtete in Konkurs verfällt, so hat der Gläubiger seinen Anspruch auf Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung gegen seinen Anspruchsschuldner, den Anspruch auf die Zustimmung des § 888 BGB. aber gegen den Konkursverwalter zu richten; denn in seiner Person liegen jetzt die Umstände vor, die passiv zur Klage aus der obligatio in rem scripta legitimieren, ebenso, aber ohne Begründung Bongartz S. 47.

Hat der Anspruchsschuldner nach Eintragung der V. den belästigten Gegenstand an einen Dritten veräußert und ist er hierauf in Konkurs gefallen, so ist § 24 KO. nicht anwendbar, weil der belästigte Gegenstand nicht zur Konkursmasse gehört. Aus eben diesem Grunde wird auch der Kridar durch die Konkurseröffnung seiner fiktiven Verfügungs-

macht über den belästigten Gegenstand nicht beraubt; daher wird der Anspruch durch den Konkurs gar nicht berührt und findet seine Erledigung auf dem normalen Wege, als ob der Konkurs gar nicht eröffnet worden wäre. Sekler § 21 IV 1 a S. 234 will auch in diesem Fall die Klage gegen den Verwalter richten; klagt der Gläubiger auf diesem Weg einen Hypothekenbestellungsanspruch ein, so erhält er im besten Fall — die Klage wäre materiellrechtlich abzuweisen — einen Vollstreckungstitel gegen den Konkursverwalter, gerichtet auf Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück des am Konkurs wie am Prozeß völlig unbeteiligten Dritten! Bongartz S. 47 Anm. 3 beruhigt sich damit, daß der Konkursverwalter den Anspruch „im Interesse der Masse gerne erfüllen" werde; die Frage bleibt offen, wie der Verwalter über des Dritten Grundstück verfügen kann. Für den Konkursverwalter begründet die V. natürlich keine fiktive Verfügungsmacht.

Im vorstehenden ist ausgeführt, wie die V. den Gläubiger gegen die Nachteile sichert, die der Befriedigung des Anspruchs im Konkursverfahren drohen. Aber das Konkursverfahren bedroht auch in einem Falle den rechtlichen Bestand des Anspruchs: durch den Zwangsvergleich erlischt der Anspruch wenigstens teilweise. Um diese Gefahr abzuwehren, bestimmt § 193 S. 2 KO., daß Rechte aus einer zur Sicherung eines Konkursanspruchs eingetragenen V. durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden. „V. bricht Gantvergleich" — Reichel S. 136 nach Kohler. Dem Zwangsvergleich zum Trotz behält daher der durch V. gesicherte Gläubiger seinen Anspruch unverkürzt und kann auch wegen seiner Befriedigung unbesorgt sein: trotz der Veräußerung des belästigten Gegenstands

bleibt sein Schuldner per fictionem befugt, die zur Befriedigung des Anspruchs erforderliche Rechtsänderung herbeizuführen.

Die Wirkung der V. versagt im Nachlaßkonkurs, wenn die V. nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung eingetragen ist: in diesem Fall ist der Gläubiger darauf angewiesen, seinen Anspruch ebenso wie jeder andere Nachlaßgläubiger ohne jedes Vorrecht geltend zu machen: § 221 II KO.

§ 10.

Die Vormerkung im Zwangsvollstreckungsverfahren.

Wenn der durch die V. belästigte Gegenstand zum Objekt der Zwangsvollstreckung gemacht wird, so hat dies weder auf den Bestand noch auf die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs den geringsten Einfluß: Der gegen den Schuldner gerichtete Anspruch bleibt nach wie vor bestehen, gleichviel, ob der Schuldner die Verfügungsmacht über den beanspruchten Gegenstand hat oder nicht; andererseits wird aber auch die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs durch die Einleitung der Zwangsvollstreckung in keiner Weise beeinträchtigt, denn eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügung kann ja die Verwirklichung des Anspruchs nicht gefährden. Wird z. B. das Zwangsvollstreckungsverfahren über ein belästigtes Grundstück auf Betreiben irgend eines Dritten mit der Beschlagnahme eröffnet — § 20 ZVG. —, so ist die Beschlagnahme als Tatbestand

mit Verfügungswirkung nicht im stande, die zur Anspruchsbefriedigung erforderliche Verfügungsmacht des Schuldners zu zerstören, so daß mitten im Zwangsvollstreckungsverfahren die beanspruchte Rechtsänderung herbeigeführt werden kann. Durch § 883 II BGB. sind demnach alle Interessen des gesicherten Gläubigers derartig gewahrt, daß ein weiterer Schutz für ihn weder nötig noch möglich erscheint.

Indessen wäre ohne ein Einschreiten der Gesetzgebung ein Übelstand zu befürchten, der in einer eigentümlichen Doppelnatur der V. seinen Grund hat. So streng nämlich daran festgehalten werden muß, daß die V. eine Belastung im rechtlichen Sinn weder ist noch begründet, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß sie in ihrer wirtschaftlichen Wirkung durchaus einer Belastung des Grundstücks gleichkommt; weil nämlich jeder Erwerber des belästigten Gegenstandes damit rechnen muß, daß ihm sein Recht ganz oder teilweise wieder entwunden werden kann, ja daß er selbst hiezu seine Mitwirkung nicht versagen kann, wirkt die V. wirtschaftlich ganz ähnlich, wie wenn die beanspruchte Rechtslage bereits hergestellt wäre. Ist z. B. zur Sicherung eines Hypothekenbestellungsanspruches das Grundstück mit einer V. belästigt worden, so ist der Wert diesesGrundstücks dadurch gesunken um den Betrag der zu bestellenden Hypothek, der allerdings wieder zu vermindern ist um den Kapitalwert der Chance, daß die Hypothek nicht bestellt wird. Je mehr sich diese Aussicht der Sicherheit nähert, desto geringer ist die durch die V. verursachte wirtschaftliche Belastung. Vgl. hiezu Reichel S. 144; Immerwahr in Iherings Jahrbüchern Bd. 4 n. F. S. 329; auch RG. in Strafsachen, Bd. 34, S. 3,

wo der IV. Strafsenat im Urteil vom 13. November 1900 den Satz der ersten Instanz billigt, daß die Belastung des Grundstücks mit einer V. sich als Veräußerung eines Vermögensbestandteiles — § 288 RStGB. darstelle; insbes. auch Frey bei Lobe Bd. 3 S. 561: „nicht zu verwechseln mit den rechtlichen Wirkungen einer Widerspruchseintragung sind die tatsächlichen und wirtschaftlichen Folgen, die ... sich bis zur tatsächlichen Sperrung eines Grundbuchblattes zuspitzen mögen" - Ausführungen, die dann auf die V. übertragen werden; die Bestimmung des § 439 II BGB. ist die notwendige Folge aus der wirtschaftlichen, nicht rechtlichen Wirkung der V. — vgl. hiezu Reichel S. 144; vgl. auch artt. 119 II, 157 II des bay. Gebührengesetzes in der Fassung vom 13. Juli 1910.

Die Konsequenzen aus dieser Doppelnatur der V. sind im § 48 ZVG. gezogen. Daß gerade im Zwangsversteigerungsverfahren die wirtschaftliche Funktion der V. mit ihrer rechtlichen Ausgestaltung inWiderstreit tritt, hat seinen guten Grund: bei der Zwangsversteigerung werden die wirtschaftlichen, nicht die rechtlichen Belastungen des Grundstücks berücksichtigt; dies zeigt sich deutlich in den Bestimmungen des § 10 Z. 1 und 2 ZVG.: der Ersatzanspruch des die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers und die Lidlohnansprüche sind nun und nimmer rechtliche Belastungen des Grundstücks; nur vermöge ihrer Eigenschaft als wirtschaftliche Lasten finden sie Berücksichtigung im Zwangsvollstreckungsverfahren. Da nun die V. rechtlich nicht als Belastung behandelt werden darf, wirtschaftlich aber eine solche darstellt, so kann ein Kompromiß nur so geschaffen werden, daß die Sätze über Grundstücksbelastungen analog auf den durch V. gesicher-

ten Anspruch angewendet werden; damit wird einerseits der positiv rechtlichen Ausgestaltung des Rechtsinstituts der V. Genüge getan, andererseits werden die Anforderungen erfüllt, die an die wirtschaftlichen Wirkungen der Zwangsversteigerung gestellt werden müssen; als Grundsatz ist daher aufzustellen:

Da der durch V. gesicherte Anspruch die wirtschaftlichen Wirkungen eines das Grundstück belastenden Rechts äußert, so ist für das Gebiet der Zwangsvollstreckung in Grundstücke der gesicherte Anspruch nach Analogie eines das Grundstück belastenden Rechts zu behandeln.

Aus dem Gesetz diesen Grundsatz abzuleiten dürfte allerdings auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen: § 48 ZVG. ist in seiner Fassung mißglückt und so vieler Deutungen fähig, daß eine Lösung der auftauchenden Fragen vom Gesetz nicht zu erwarten ist. Die einzige methodische Möglichkeit, in dem Labyrinth den leitenden Faden zu finden, erschien die, das Problem aufzuhellen, vor das der Gesetzgeber gestellt war und eine Lösung zu versuchen, die mit den mehr als sparsamen Regeln des Gesetzes am wenigsten unvereinbar wäre.

Zunächst fällt am § 48 ZVG. auf, daß dort die Rede ist von „Rechten, die durch Eintragung einer V. gesichert sind". Da der Sicherung nur Ansprüche fähig sind, so kann hier unter „Recht" nur der Anspruch verstanden werden, während sonst in § 48 ZVG. „Recht" im technischen Sinn des Liegenschaftsrechts zu verstehen ist.

Eine weitere Unklarheit liegt in dem Ausdruck: „wie eingetragene Rechte" zu berücksichtigen; regelmäßig wird dies so gedeutet, daß gesicherte An-

sprüche so berücksichtigt werden müßten, als ob die beanspruchte Rechtsänderung bereits eingetreten wäre; dies führt, besonders wenn der Anspruch auf Eigentumsübertragung, Rangänderung oder Aufhebung gerichtet ist, zu unlösbaren Schwierigkeiten. Die Vorschrift muß daher so verstanden werden, daß gesicherte Ansprüche eben so wie, d. h. nach Analogie der „eingetragenen Rechte" berücksichtigt werden sollen.

Der § 48 ZVG. gilt nach seinem Wortlaut nur für die Feststellung des geringsten Gebots; die Gesetzgeber glaubten aber damit auch andere Fälle genügend geregelt zu haben — vgl. Jäckel Bem. 3 zu § 51 S. 210—; daher rechtfertigt sich die Vermutung, daß die Vorschrift den Ausfluß eines den Gesetzgebern nicht völlig bewußt gewordenen allgemeinen Grundsatzes darstellt. Von diesem Gesichtspunkt aus ließe sie sich mit dem gefundenen Prinzip der analogen Behandlung ungezwungen erklären.

Die Vorschrift hat offenbar nur Ansprüche auf Bestellung von Rechten am Grundstück im Auge; wie Ansprüche auf Aufhebung, Rang- und Inhaltsänderung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu behandeln seien, ist aus dem Gesetz nicht ersichtlich.

Endlich setzt der § 48 ZVG. stillschweigend voraus, daß — was nichts weniger als selbstverständlich ist — gesicherte Ansprüche im Verfahren überhaupt verfolgt werden können; da die sicherungsfähigen Ansprüche niemals Ansprüche aus dinglichen Rechten sein können — für solche wäre der Widerspruch zu verwenden —, so ist die Berücksichtigung dieser „persönlichen" Ansprüche eine Anomalie, ebenso wie die der § 10 Z. 1 und 2 ZVG. genannten Ansprüche. Mit der Beteiligung der gesicherten Gläubiger ergibt sich die Notwendigkeit, den An-

spruch in eine der Rangklassen des § 10 ZVG. einzureihen. Nach Analogie der für Belastungen geltenden Vorschriften gehören die gesicherten Ansprüche in die Klassen 4 ff.; anders OLG. Karlsruhe 5. Mai 1905, Rspr. Bd. 11 S. 120.

Nach dem Vorstehenden ist es nicht zu beanstanden, wenn der gesicherte Gläubiger in der Literatur ohne Ausnahme als Beteiligter nach § 9 ZVG. bezeichnet wird. Es darf aber nie vergessen werden, daß er lediglich ein „persönlicher" Gläubiger ist und daher diesen Vorzug nur kraft der V. genießt; wenn die V., sei es zu Recht oder zu Unrecht, bei der Eröffnung des Verfahrens nicht eingetragen oder wieder gelöscht ist, so hat der Gläubiger damit seine privilegierte Stellung verloren; es genügt nicht, daß er sein „Recht" anmeldet und glaubhaft macht; anders Sekler § 22 I S. 239; Turnau-Förster Bem. II 4 h S. 200; Biermann S. 166.

Die wirtschaftliche Belastung, die durch die V. erzeugt wird, hat ihren Grund darin, daß jeder Erwerber des belästigten Gegenstandes die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus seinem Vermögen dulden muß, obgleich der Anspruch sich nicht gegen ihn, sondern nach wie vor gegen den ursprünglichen Anspruchsschuldner richtet. Damit wird im Endresultat dasselbe erreicht, wie wenn der zur Verfügung über den belästigten Gegenstand jeweils Befugte in die passive Seite des Anspruchs einträte; die wirtschaftliche Bedeutung liegt, ungenau aber kurz ausgedrückt darin, daß jeder Erwerber den Anspruch übernehmen muß — rechtlich betrachtet muß er nur die Befriedigung des fremden Anspruchs aus seinem Vermögen dulden. Der Inhalt der zu übernehmenden Ansprüche kann bei der Manigfaltigkeit der sicherungsfähigen Ansprüche sehr

verschieden sein; meistens wird der Anspruch sich gegen den Eigentümer richten und daher eine wirtschaftliche Belastung des Grundstücks darstellen; es ist aber nicht ausgeschlossen, daß er für den Eigentümer weder Vorteile noch Nachteile bringt. Wieweit und wann ein Anspruch als wirtschaftliche Belastung des Grundstücks zu erachten ist, kann nur von Fall zu Fall geprüft werden.

Der Anspruch auf Bestellung eines begrenzten Grundstücksrechts wird unter allen Umständen eine Belastung darstellen, da jedes Recht am Grundstück den Wert des Grundstücks mindert.

Der Anspruch auf Löschung eines begrenzten Grundstücksrechts kann, so paradox dies klingt, eine Belastung des Grundstücks darstellen; man denke an folgenden höchst alltäglichen Fall: auf einem Grundstück lastet eine erste Hypothek für ein mit vier vom Hundert verzinsliches Kapital; darauf eine zweite Hypothek für ein mit fünf vom Hundert verzinsliches Kapital; als dritter Eintrag folgt eine V. nach § 1179 BGB. zur Sicherung des Anspruch auf Löschung der ersten Hypothek, falls sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Diese V. ist eine wirtschaftliche Belastung des Grundstücks, denn sie verpflichtet den Eigentümer gegebenenfalls auf die Stelle, für die er sonst ein vierprozentiges Kapital erlangen könnte, das teuere fünfprozentige Kapital aufrücken zu lassen. Der Kapitalwert dieser Belastung ergibt sich aus der kapitalisierten Zinsdifferenz, multipliziert mit dem Wahrscheinlichkeitskoëffizienten für den Fall, daß die Eigentümerhypothek entsteht. Ist das Entstehen der Eigentümerhypothek sicher — so z. B. wenn die Hypothek gültig, die Forderung aber nichtig ist — § 1163 BGB. — wie bei der Bordellhypothek, RG.

Bd. 68 S. 97 f. — so kann eine solche V. wegen des damit verbundenen Rangverlustes eine ganz erhebliche Belastung des Grundstücks bedeuten.

Der Anspruch auf Änderung des Inhalts eines Rechts am Grundstück wird meistens eine Belastung des Grundstücks darstellen; denn wenn der Anspruch für den Eigentümer keinen Nachteil bedeutete, hätte der Anspruchsgläubiger kaum eine Veranlassung, für sich eine Sicherung durch die V. zu erwirken.

Der Anspruch auf Rangänderung wird sich nur dann als Belastung des Grundstücks darstellen, wenn eine Eigentümerhypothek im Rang zurücktreten soll; der Rangtausch zwischen zwei andern Grundstücksrechten beeinträchtigt den Wert des Grundstücks in keiner Weise.

Ein Anspruch, der sich gegen den Eigentümer des Grundstücks richtet und dadurch eine wirtschaftliche Belastung des Grundstücks herbeiführt, ist nun im Zwangsversteigerungsverfahren analog einer rechtlichen Belastung zu behandeln: was hier vom belastenden Recht gilt, gilt dort vom Anspruch.

Im einzelnen gestaltet sich diese analoge Anwendung der für Rechte geltenden Rechtssätze folgendermaßen:

Ein durch V. gesicherter Anspruch ist bei Feststellung des geringsten Gebots zu berücksichtigen; dies und nicht mehr schreibt der § 18 ZVG. vor; gewöhnlich wird diese Vorschrift so gedeutet, daß der gesicherte Anspruch so zu berücksichtigen wäre, als sei die beanspruchte Rechtsänderung bereits eingetreten. Diese Auffassung ist nur haltbar für Ansprüche auf Bestellung begrenzter Rechte am Grundstück; Ansprüche auf Eigentumsbestellung oder Aufhebung von Rechten können unmöglich so behan-

delt werden — vgl. Sekler § 22 II 1 S. 240 f. —; solche Ansprüche bei Festsetzung des Mindestgebots außer Acht zu lassen ist ebenfalls nicht angängig, da sie zu den wirtschaftlichen Lasten des Grundstücks gehören und darum berücksichtigt werden müssen.

Die „Berücksichtigung" eines Anspruchs geschieht dadurch, daß in das geringste Gebot die Verpflichtung aufgenommen wird, den Anspruch zu übernehmen — in dem S. 187 festgestellten Sinn —. Mit dem Zuschlag übernimmt der Ersteher, wie sonst die auf dem Grundstück ruhenden Lasten, so hier die Verpflichtung, die Befriedigung des gegen den Anspruchsschuldner gerichteten Anspruchs aus seinem Grundstück zu dulden.

Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück macht von dieser allgemeinen Regel keine Ausnahme; auch er ist, wenn er durch V. gesichert ist, wirtschaftlich eine Belastung des Grundstücks; es ist unrichtig, der sog. Auflassungsvormerkung eine besondere Stellung einzuräumen, weil sie den ganzen Wert des Grundstücks absorbiere — so insbes. Lippmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 S. 144 f.; daß dies geschehen kann, soll nicht bestritten werden; soweit die V. ins Mindestgebot fällt, wird die Wirkung die sein, daß niemand das Grundstück übernehmen will, so daß die Versteigerung ohne Angebot verläuft. Allein eine solche V. kann auch auf den Wert des Grundstücks ohne jeden Einfluß bleiben: hat etwa ein Gläubiger einen vollkommen aufsichtslosen Anspruch durch V. sichern lassen, so daß die Wahrscheinlichkeit der Anspruchsverwirklichung nahezu gleich Null ist, so wird durch eine solche Auflassungsvormerkung der Wert des Grundstücks kaum merklich beeinträchtigt, weil der

Ersteher ein minimales Risiko übernimmt. Die mehrfach geäußerte Befürchtung, eine Auflassungsvormerkung werde wegen des Risikos tatsächlich eine Versteigerung verhindern, da sich kein Bieter finden würde — z. B. Reichel S. 124 —, ist nur dann berechtigt, wenn dieser V. wirklich eine wertmindernde Bedeutung zukommt, was nicht notwendig der Fall sein muß.

Der Rang, den der gesicherte Anspruch unter den am Verfahren teilnehmenden Ansprüchen einnimmt, bestimmt sich analog den Vorschriften des § 10 ZVG. Es handelt sich dabei um die Rangordnung von Ansprüchen, nicht etwa von dinglichen Rechten, sowie auch die KO. eine Rangfolge von Ansprüchen kennt. Gesicherte Ansprüche sind nach Analogie der für Belastungen geltenden Vorschriften in Nr. 4 des § 10 ZVG. einzureihen; innerhalb dieser Klasse entscheidet, analog den Vorschriften der § 11 ZVG., § 879 BGB. primär das Lokusprinzip, sekundär das Datumprinzip. Dies ergibt sich aus § 48 mit § 44 ZVG., welch letztere Bestimmung wieder stillschweigend auf §§ 10 f. ZVG. Bezug nimmt.

Die „Berücksichtigung" des gesicherten Anspruchs erfolgt dadurch, daß er als zu übernehmende Last in den Versteigerungsbedingungen aufgeführt wird; eine zahlenmäßige Festsetzung seines Wertes findet nicht statt — vgl. RG. Bd. 57 S. 213 —; es bleibt dem Bieter überlassen, den Wert der Belastung abzuschätzen und demnach sein Gebot zu kalkulieren.

Wenn eine in das Mindestgebot aufgenommene Belastung nicht besteht oder wegfällt, so wird der Ausgleich durch Zahlung des Erstehers herbeigeführt — §§ 50, 51 ZVG.; das Gesetz unterscheidet, ob die berücksichtigte Belastung ein Grundstücks-

pfandrecht, dem unter anderm ein bedingtes Recht gleichgestellt wird — § 50 Z. 1 und 2 ZVG. — oder ein anderes Recht ist — § 51 ZVG.. Im ersten Fall hat der Ersteher das Kapital, im zweiten Fall den Wert der Belastung zu entrichten. Die V. begründet in Verbindung mit dem gesicherten Anspruch weder ein Grundstückspfandrecht noch ein bedingtes Recht; der Anspruch kann daher nur nach § 51 ZVG. behandelt werden, da dies die allgemeine Vorschrift ist. Da der gesicherte Anspruch wie eine Belastung im allgemeinen behandelt werden soll, können nicht die Spezialvorschriften über Grundstückspfandrechte angewendet werden; auch der Anspruch auf Bestellung eines Grundstückspfandrechts ist nach § 51 ZVG. zu behandeln, da er keineswegs ein solches begründet; ebenso Sekler § 22 II 2b S. 250; anders Bongartz S. 43; Biermann S. 166. Bei der Feststellung des Wertes der Belastung durch den gesicherten Anspruch sind verschiedene Faktoren zu beachten: die Wahrscheinlichkeit ob und die Zeit wann der gesicherte Anspruch verwirklicht werden wird, endlich der Grad der Belastung, den die anspruchsmäßige Rechtsgestaltung für das Grundstück herbeiführen wird; die Festsetzung der Summe, um die sich durch den Wegfall des gesicherten Anspruchs der Wert des Grundstücks erhöht, kann demnach mit großen Schwierigkeiten verbunden sein.

Die Bedeutung des § 48 ZVG. beruht darauf, daß der gesicherte Anspruch, obgleich ein „rein persönlicher" Anspruch, in das geringste Gebot aufzunehmen ist; die logische Konsequenz daraus ist, daß auch für den gesicherten Anspruch alle die Rechtssätze gelten, die in dem dem Institut des Mindestgebots zu grunde liegenden Übernahmeprinzip

ihre Grundlage haben. Hieraus ergibt sich, daß ein Anspruch erlischt, wenn er weder in das geringste Gebot aufgenommen noch durch Zahlung zu decken ist — § 52 ZVG. Durch Nichtbeachtung im Mindestgebot erfährt also der gesicherte Anspruch eine Inhaltsänderung: statt Naturalbefriedigung kann der Gläubiger nur Befriedigung in Geld verlangen, soweit der Erlös reicht; im übrigen erlischt der Anspruch durch den Zuschlag, eine für Ansprüche dieser Art — § 883 I BGB. — einzig dastehende Endigungsursache. Der Anspruch erlischt aber nur insoweit, als der Eigentümer des Grundstücks davon betroffen wird; auf den Anspruch gegen den ursprünglichen Anspruchsschuldner hat das Zwangsversteigerungsverfahren keinen Einfluß; denn es ist kein Endigungsgrund für den Anspruch, daß der beanspruchte Gegenstand zum Objekt der Zwangsvollstreckung gemacht wird.

Wenn der gesicherte Anspruch dem Ersteher gegenüber erlischt, so tritt an die Stelle des Anspruchs, den der gesicherte Gläubiger gegen den Eigentümer hatte und der auf Duldung der Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belästigten Grundstück gerichtet war, der Anspruch auf Ersatz des Wertes dieses Anspruchs aus dem Versteigerungserlöse § 92 ZVG.. Diese Vorschrift gilt für gesicherte Ansprüche aller Art, auch für Ansprüche auf Bestellung von Hypotheken; denn solche Ansprüche sind „nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet". Für die Berechnung des Wertes eines Anspruchs gelten die oben angeführten Grundsätze.

Ein Recht, das durch den Zuschlag erlöschen würde, kann durch Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher aufrechterhalten werden; diese Regel des § 91 II ZVG. ist auch auf

gesicherte Ansprüche analog anwandbar; nur muß in diesem Fall der Ersteher in die passive Seite des gesicherten Anspruchs selbst eintreten, so daß die erforderliche Vereinbarung zur privativen Schuldübernahme wird. Die Vereinbarung wirkt nämlich, analog der Vorschrift des § 91 III S. 2 ZVG. wie die Befriedigung des Anspruchsgläubigers; wenn nun der Ersteher nicht den Anspruch selbst übernähme, so würde der Anspruch kraft dieser Befriedigungsfiktion erlöschen, die V. würde gegenstandslos und die ganze Vereinbarung wäre hinfällig. Da die Bestimmung des § 91 II ZVG. nur Rechte im Auge hat, aber für Ansprüche analog angewendet werden muß, so muß die Vorschrift, um auf Ansprüche anwendbar zu sein, mit entsprechenden Änderungen verstanden werden: wie dort das Recht, so übernimmt hier der Ersteher den Anspruch, in beiden Fällen mit dem Erfolg, daß der ursprünglich Verpflichtete befreit wird. Dies übersieht Sekler § 22 III 1 S. 251, die die Übernahme eines gesicherten Anspruchs nicht für zulässig erachtet, weil nach § 91 III S. 2 ZVG. der Anspruch erlösche und damit die V. gegenstandslos werde: gerade durch die Übernahme wird ja der Anspruch erhalten.

Mit der Berücksichtigung eines Rechts oder einer Belastung im geringsten Gebot ist über das tatsächliche Bestehen dieser Belastung noch nichts entschieden; die Vorschrift des § 48 ZVG., daß gesicherte Ansprüche analog den Grundstücksbelastungen zu behandeln seien, hat deshalb an sich auf das Verteilungsverfahren keinen Einfluß, vgl. Jäckel Bem. 5 zu § 48, S. 204; Kretzschmar Bem. 5 zu § 883, S. 93; Du Chesne in Seuff. Bl. 1906 S. 409. Allein auch für das Verteilungsverfahren muß der gesicherte Anspruch nach denselben Regeln wie die

Belastungen behandelt werden. Demnach ist an den gesicherten Gläubiger der Wertbetrag auszuzahlen, der nach § 92 ZVG. an die Stelle des gesicherten Anspruchs getreten ist. Sämtliche Schriftsteller mit Ausnahme Seklers § 22 IV 2a S. 254 wenden die für bedingte Ansprüche geltenden Vorschriften der §§ 119 f. ZVG. an, da das Recht, auf dessen Herbeiführung der gesicherte Anspruch gerichtet ist, mit der Eintragung der V. noch nicht entstanden sei; allein der Wertersatz wird nicht für das beanspruchte Recht geleistet, sondern ist nur der Ausgleich für die Werterhöhung, die das Grundstück dadurch erfährt, daß es von der V. befreit wird; außerdem tritt an die Stelle des Anspruchs auf Zustimmung, der die eigentliche Belastung des Grundstücks herbeiführt, der Anspruch auf Wertersatz; es ist daher nicht einzusehen, worin die Bedingung liegen soll; denn für den Ersteher, der hier allein in Betracht kommt, ist der Anspruch selbst erloschen und an seine Stelle der Anspruch auf Wertersatz getreten; in der Verwirklichung des gesicherten Anspruchs kann daher diese Bedingung nicht gefunden werden. Gegenüber den Ausführungen Du Chesnes aaO., der dem gesicherten Gläubiger den Versteigerungserlös vorenthalten will mit der Begründung, eine Umwandelung des gesicherten Anspruchs in ein dingliches Recht dergestalt, daß er sich am Erlös fortsetzte, sei nur so denkbar, daß sich der gesicherte Anspruch in ein dingliches Recht am Grundstück umwandelte, sei hier bemerkt, daß es sich keineswegs um eine Umwandlung des Anspruchs, sondern um einen Ersatz für den Anspruch handelt, soweit er durch den Zuschlag erloschen ist. Die durch die V. für das Grundstück bewirkte Belastung ist, da sie für den Erwerber das Risiko

der Klage aus § 888 BGB. birgt, stets eine unbedingte wirtschaftliche Belastung; der Wegfall dieser Belastung ist im Verteilungsverfahren abzugelten, nicht der Wegfall eines bei Verwirklichung des gesicherten Anspruchs möglicherweise entstandenen Rechts am Grundstück. Es begründet für das Verteilungsverfahren keinen Unterschied, ob der gesicherte Anspruch bedingt oder unbedingt ist, ob er die Bestellung eines bedingten oder unbedingten Rechts zum Ziel hat, ob er materiellrechtlich begründet ist oder nicht; alle diese Umstände werden nur auf die Höhe der Ersatzsumme ihre Einwirkung äußern, da je nach ihrem Vorhandensein oder Fehlen das Grundstück durch den gesicherten Anspruch in höherem oder geringerem Grade belastet wird. Jedenfalls stellt die vormerkungsmäßige Sicherung des Anspruchs eine unbedingte wirtschaftliche Belastung dar, weshalb die Bestimmungen der § 119 ZVG. nicht anzuwenden sind; auch die Berufung auf § 14 ZVG. geht fehl; denn der Betrag der durch die V. für das Grundstück bewirkten Belastung, der Betrag der Wertminderung, ist nicht etwa unbestimmt, sondern, wenn auch möglicherweise nur mit Schwierigkeiten, objektiv bestimmbar. In der Literatur werden die gesicherten Ansprüche allgemein nach §§ 119 f. ZVG. behandelt, so z. B. von Bongartz S. 44 f.; Cosack § 250 VI 5b S. 331; Kober Bem. V 6a γ zu § 883 S. 146; Biermann S. 166; Priester im ArchBürgR. Bd. 22 S. 177; Neumann in der JW. Bd. 31 S. 458; dabei ist übersehen, daß ein gesicherter Anspruch, auch wenn er sich späterhin als materiell unbegründet erweist, dennoch wegen des damit verbundenen Risikos eine Wertminderung des Grundstücks mit sich bringt, so daß auch beim Nichtbestehen des Anspruchs dem ge-

sicherten Gläubiger die Summe gebührt, um die sich durch den Wegfall der Sicherung der Wert des Grundstücks erhöht hat.

Bezüglich der V., die einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück sichert, besteht eine Kontroverse, ob sie zum Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 28 ZVG. berechtige. Die Frage wird überwiegend verneint, so von Jäckel Bem. 13 zu § 37 S. 172 und Bem. 5 zu § 48 S. 204; Reichel S. 124; Biermann S. 198; Planck Bem. 3 c zu § 883 S. 96; Fuchs Bem. 10 β zu § 883 S. 116 und bei Gruchot Bd. 46 S. 563; Predari § 8 IV 2 A S. 205; Oberneck § 50 4 4 S. 447; Barth S. 33; Sekler § 22 II 1 e β S. 246; Dernburg Sachenrecht § 50 4 b S. 151; Crome § 376 4 c; Vervier S. 94; Weigelt S. 63; Philipsen S. 61; Kober Bem. V 6 a α zu § 883 S. 145; Neumann in der JW. 1902 S. 458; Priester im ArchBürgR. Bd. 22 S. 178; Männer § 11 B Anm. 50; Leyser S. 45. Dagegen sehen in der Auflassungsvormerkung ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht Strecker § 18 II 1 S. 118; Othmer S. 108; Kretzschmar Bem. IV 2 b zu § 883 S. 92; Endemann § 65 Anm. 19 und 24, S. 252, neuerdings wieder Lippmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 18 = 1909 S. 152 ff. und der V. ZS. des RG. im Urteil vom 30. Juni 1909 — Recht 1909, Entsch. Nr. 2414. Für die hier vertretene Meinung ist die V., wie Biermann aaO. lakonisch bemerkt, weder ein Recht, noch steht sie der Versteigerung entgegen. Geht der gesicherte Anspruch dem Anspruch des betreibenden Gläubigers im Rang vor, so wird er in das geringste Gebot aufgenommen und der Ersteher hat möglicherweise nach § 888 BGB. seine Zustimmung dazu zu erteilen, daß der gesicherte Gläubiger das Eigentum

am Grundstück erwerbe; steht aber der gesicherte Anspruch dem Anspruch des betreibenden Gläubigers im Rang nach, so erlischt der Anspruch nach § 52 I ZVG., soweit er gegen den Ersteher Wirkungen äußert. In beiden Fällen ist die V. kein rechtliches Hindernis für die Versteigerung, wenn auch im ersten Fall die V. wohl die meisten Bieter abschrecken wird, so daß sich die Versteigerung als tatsächlich undurchführbar erweisen kann. Strecker verteidigt seine Ansicht damit, daß der Anspruch auf Auflassung infolge der Eintragung der V. dem späteren Erwerber des Grundstücks gegenüber dieselbe Wirkung wie der Eigentumsanspruch erlange. Dem ist entgegenzuhalten, daß ein Anspruch auf Eigentumsübertragung auch dann, wenn er durch V. gesichert ist, mit der rei vindicatio nichts zu tun hat. Endemann und Kretzschmar stützen ihre Meinung darauf, daß die V. ein Veräußerungsverbot mit der Wirkung des § 772 ZPO. begründe; diese Ansicht kann deshalb nicht geteilt werden, weil die V. nicht, wie dies beim Veräußerungsverbot zutrifft, eine anspruchsfeindliche Verfügung verbietet, sondern weil eine solche Verfügung bloß vernichtbar ist, vor ihrer Vernichtung aber vollkommen wirksam ist. Auch Lippmann stützt seine Ansicht im wesentlichen darauf, daß die V. die Wirkungen eines Veräußerungsverbots habe.

Mit dem § 28 ZVG. entfällt auch die Anwendbarkeit des § 37 Z. 5 ZVG.

Der durch V. gesicherte Anspruch kann nach § 883 II BGB. durch Maßregeln der Zwangsvollstreckung nicht beeinträchtigt werden, die nach der Eintragung der V. erfolgen; die Beschlagnahme, als Tatbestand mit Verfügungswirkung hindert daher nicht, daß der gesicherte Gläubiger unter dem Schutze

der vorher eingetragenen V. das Eigentum an dem beschlagnahmten Grundstück erwerbe; auf das Zwangsversteigerungsverfahren hat dieser Eigentumswechsel nur dann Einfluß, wenn es nicht wegen des Anspruchs aus einem eingetragenen Recht angeordnet worden ist — § 26 ZVG. Ist die V. zur Sicherung eines Auflassungsanspruchs erst nach der Beschlagnahme eingetragen worden, so ist sie dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam — § 23 ZVG.; sie wird gegenstandslos und löschungsreif, wenn der gesicherte Anspruch wegen Nichtaufnahme in das geringste Gebot — § 44 ZVG. — erlischt; dasselbe gilt, wenn in Verwirklichung des gesicherten Anspruchs dem Gläubiger das Eigentum übertragen worden war; auch dieses Eigentum erlischt durch den Zuschlag, da es, dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam, nicht zur Einstellung des Verfahrens führen konnte.

Biermann gewährt in Übereinstimmung mit Jäckel und Turnau-Förster Bem. II 4 h zu § 883 S. 200 dem durch V. gesicherten Gläubiger eines Anspruchs auf Hypothekenbestellung das Privileg des § 67 ZVG., mit der Begründung: wäre der Eigentümer seiner Verpflichtung zur Hypothekenbestellung nachgekommen, so hätte der gesicherte Gläubiger als Hypothekar dieses Privileg; es wäre unbillig, wegen der Saumsal des Eigentümers dem Gläubiger das Vorrecht zu versagen. Dieses Billigkeitsargument wird nur in den seltensten Fällen zutreffen: es versagt, wenn die V. einen künftigen oder bedingten, überhaupt einen noch nicht fälligen Anspruch sichert. Richtiger dürfte es sein, dem Gläubiger das Privileg aus § 67 II ZVG. zu versagen; denn diese Bestimmung setzt voraus, daß der Bieter ein Grundstückspfandrecht inne hat; ein solches wird

aber mit dem gesicherten Anspruch nicht erworben. Dasselbe gilt von dem Privileg des § 184 ZVG.

Das dem § 48 ZVG. zu grunde liegende Prinzip, daß gesicherte Ansprüche im Zwangsversteigerungsverfahren nach denselben Regeln wie Rechte am Grundstück zu behandeln sind, ist nach den vorstehenden Ausführungen nicht in jedem Fall eine Schutzvorschrift für den gesicherten Gläubiger; denn durch Nichtaufnahme des gesicherten Anspruchs in das geringste Gebot geht nach § 52 ZVG. die vormerkungsmäßige Sicherung des Anspruchs verloren; insofern enthält also der § 48 ZVG. eine Ausnahme vom § 883 II BGB., der vorschreibt, daß durch Maßregeln der Zwangsvollstreckung die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs nicht beeinträchtigt werden könne.

Die vorstehenden Regeln gelten nur für den Fall, daß ein durch V. belästigtes Grundstück Objekt der Zwangsvollstreckung ist; wird die Zwangsvollstreckung in ein Grundstücksrecht betrieben, so geschieht dies nach den Vorschriften §§ 857, 830, 837 ZPO.; bei diesem Verfahren ist von einem geringsten Gebot keine Rede; es ist daher der Grundsatz des § 883 II BGB., daß die Zwangsvollstreckung die Verwirklichung des Anspruchs nicht beeinträchtigt, ohne Ausnahme durchzuführen. Hat sich also ein Dritter seinen Anspruch auf Übertragung des Grundstücksrechts, in das die Zwangsvollstrekkung betrieben wird, durch V. sichern lassen, so kann er auch nach Durchführung der Zwangsvollstreckung die Verwirklichung seines Anspruchs erzwingen, indem er gegen seinen ursprünglichen Anspruchsschuldner aus dem Anspruch, gegen den, der das belästigte Recht im Wege der Zwangsvollstrekkung erworben hat, aus § 888 BGB. klagt.

Bezieht sich der durch V. gesicherte Anspruch auf ein Grundstücksrecht, das bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks wegen Ausfalls untergeht, so wird die V. an dem untergegangenen Grundstücksrecht gegenstandslos und löschungsreif. Sekler § 22 III 2 S. 252 will den Untergang des belästigten Rechts dem gesicherten Gläubiger gegenüber insoweit als unwirksam behandelt wissen, als das Erlöschen des belästigten Rechts die Verwirklichung des gesicherten Anspruchs beeinträchtigen würde. Allein eine solche Wirkung des § 883 II BGB. kann nicht angenommen werden: wenn diese Bestimmung den gesicherten Gläubiger dagegen sichert, daß der beanspruchte Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners ausscheide, so ist dafür die Voraussetzung, daß der Gegenstand überhaupt bestehen bleibt; gegen den Untergang sichert der § 883 II BGB. den belästigten Gegenstand nicht.

§ 11.

Die sogenannten Konstruktionen der Vormerkung.

Eine Konstruktion soll die einzelnen gesetzlichen Vorschriften auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückführen und es dadurch ermöglichen, für die Fälle, die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind, mit Ersatzregeln auszuhelfen, die sich als harmonische Ergänzung der gegebenen Bestimmungen diesen anpassen: die Konstruktion soll den Willen des Gesetzes da erforschen helfen, wo es schweigt. Dieser Zweck ist dann erreicht, wenn sich die V.

unter einen durch Gesetz oder Wissenschaft ausgebauten Begriff subsumieren läßt, oder wenn sie sich als eine Kombination mehrerer bereits erforschter Rechtsbegriffe oder Rechtsfiguren darstellen läßt. Dagegen können die folgenden Konstruktionsversuche der V. nicht als genügende Lösung des Problems betrachtet werden:

a) Die Konstruktionen, die eine gewisse Verwandtschaft oder Ähnlichkeit zwischen der V. und einem andern Rechtsinstitut dartun, nicht aber die Identität beider Rechtsinstitute nachweisen; denn nur beim Nachweis der Identität beider Institute können die für das bekannte Rechtsinstitut geltenden Sätze auf die V. angewendet werden.

b) Die Konstruktionen, die die V. durch ein Rechtsinstitut zu erklären versuchen, das selbst noch nicht aufgeklärt oder vielleicht selbst noch kontroverser Natur ist; denn wenn die Konstruktionsformel selbst wieder eine Unbekannte einführt, so bringt sie an Stelle des ursprünglichen Rätsels nur ein anderes Rätsel, aber keine Lösung.

c) Die Konstruktionen, die die V. unter einen Oberbegriff subsumieren, aber zugleich wesentliche Einschränkungen und Vorbehalte dabei machen; denn es genügt der Mangel eines einzigen Begriffsmerkmals, um die Anwendbarkeit der für den Oberbegriff geltenden Sätze auszuschließen.

Endlich muß sich eine Konstruktion der V. über das Niveau einer bloßen Definition erheben: mit einer Abgrenzung der V. gegenüber anderen Begriffen ist das Wesen noch nicht erforscht.

Das Wesen eines jeden Dinges wird, soweit es überhaupt erkennbar ist, aus seinen Wirkungen erkannt; es ist daher, wenn das Wesen des Rechtsinstituts der V. erforscht werden soll, von den Wir-

kungen der V. auszugehen und zwar von denen, die das Gesetz ausdrücklich bestimmt; denn sie sind zunächst das einzige Fundament.

Für die hier vertretene Meinung, die zwischen den essentiellen und den akzidentiellen Wirkungen der V. unterscheidet und in dem letzteren nur willkürliche, in der Natur des Instituts keineswegs begründete Gesetzesbestimmungen singulären Rechts erblickt, ist der Versuch aussichtslos, die sämtlichen Wirkungen der V. einheitlich zu einer Konstruktion zusammenzuzwingen.

Im folgenden sollen die wichtigsten Konstruktionen der V. einer kurzen Prüfung unterzogen werden.

Die Vertreter der „dinglichen Konstruktionen" der V. gehen davon aus, daß der Anspruch durch die Eintragung der V. die Wirkungen eines dinglichen Rechts erlange.

Am weitesten geht hiebei Othmer, der durch die V. ein dingliches Recht begründet werden läßt, das mit Ausnahme der Rechtsvermutung des § 891 BGB. alle Wirkungen des eingetragenen Rechts habe. Othmers Konstruktion ist von der Literatur einmütig abgelehnt worden — vgl. dazu Kretzschmar bei Lobe Bd. 3 S. 412, allerdings auch Hermann Meyer im Recht Bd. 7 S. 164. Othmers fundamentaler Irrtum beruht darauf, daß er das Wesen der V. aus ihren akzidentiellen Wirkungen erkennen will, während der § 883 BGB. für ihn, wie er sich S. 68 euphemistisch ausdrückt, „jede Bedeutung verliert". Die Theorie führt zu der Konsequenz, daß der zur Geltendmachung dinglicher Ansprüche befugt wäre, der erst einen Anspruch auf den Erwerb eines dinglichen Rechts hat, ein Satz, der sich mit dem Sachenrecht des BGB.

nun und nimmer in Einklang bringen läßt — vgl. Reichel S. 141.

Eine starke Anlehnung an Othmer verrät Vervier mit seiner Ansicht, daß der „persönliche Anspruch" durch die V. in ein dingliches Recht „umgewandelt" würde kraft einer etwas mystischen „Transsubstantiationswirkung der V."; indessen hebt Vervier S. 79 ff. ausdrücklich hervor, daß er eine von Othmer verschiedene Auffassung vertrete.

Eine Gruppe von Autoren stimmen in folgenden Grundsätzen überein: der Anspruch wird in seinem Wesen durch die Eintragung einer V. nicht verändert; jedoch tritt zu dem Anspruch ein akzessorisches dingliches Recht hinzu, wenn zur Sicherung der Verwirklichung des Anspruchs eine V. eingetragen wird. Dieses akzessorische Recht tritt unter verschiedenen Bezeichnungen auf: Endemann nennt es ein Warterecht, Crome ein Anwartschaftsrecht, Enneccerus reiht es in die Kategorie der Erwerbsberechtigungen ein; Cosack nennt es das V.-recht und bezeichnet es als ein dingliches Recht, das aber keineswegs ein Recht am Grundstück sei; Sekler erblickt in der V. selbst ein eigenartiges Recht am Grundstück, das die Befriedigung des gesicherten Anspruchs aus dem belästigten Gegenstand gewährleiste.

Gegen diese Konstruktionen erheben sich die nachstehenden Bedenken: das BGB. hat mit gutem Grund das Prinzip durchgeführt, daß ein jedes dingliche Recht einen bestimmten, scharf umrissenen, der Willkür der Parteien im weiten Maß entzogenen, typischen Inhalt haben muß. Dem gegenüber hätten die von dieser Gruppe angenommenen dinglichen Rechte höchst mannigfache Inhalte, je nach dem Inhalt des Anspruchs, den sie sichern sollten; denn

der Inhalt des dinglichen Rechts richtet sich ja nach dem Inhalt des gesicherten Anspruchs. Eine solche Mannigfaltigkeit der dinglichen Rechte widerspräche dem Grundsatz der Geschlossenheit der Sachenrechte.

Ferner ist gegen alle Konstruktionen, die mit dem Begriff der Dinglichkeit in dem gebräuchlichen Sinn arbeiten — der eigentümliche Dinglichkeitsbegriff bei Cosack gehört nicht dazu — das folgende einzuwenden: wenn mit der V. ein dingliches Recht am Grundstück entsteht, so ist der Anspruch auf Eintragung einer V. der Anspruch auf Bestellung eines dinglichen Rechts und kann daher seinerseits wieder durch V. gesichert werden — § 883 I BGB. Eine V. zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer V. wird aber allgemein für unzulässig erklärt — vgl. Strohal S. 10 Anm. 9.

Weiterhin vertragen sich diese Theorien nicht mit dem § 888 BGB.; wenn durch die V. ein dingliches Recht begründet wird, dann ist es nicht ersichtlich, wozu noch ein persönlicher Anspruch gegen den Rechtsgenossen erforderlich sein soll, der in das dingliche Recht eingegriffen hat.

Endlich hat der Gesetzgeber selbst eine Regelung des Rechtsinstituts abgelehnt, durch die der V. der Charakter eines dinglichen Rechts sollte verliehen werden — vgl. Prot. III S. 740 ff.

Der interessante Versuch Seklers — vgl. Kretzschmar bei Lobe Bd. 5 S. 40 und Boethge bei Gruchot Bd. 49 S. 417 —, die V. als Pfandrecht zu konstruieren, kraft dessen der belästigte Gegenstand für die Befriedigung des gesicherten Anspruchs haftet, scheitert daran, daß dem BGB. eine Haftung für Individualleistungen nur bei der

Personalhaftung — §§ 765 ff. BGB. — bekannt ist, daß aber die Sachhaftung stets nur für Geldleistung zugelassen ist, vgl. §§ 1113, 1191, 1190 BGB. Es fehlt darum auch an Vorschriften, wie die Realhaftung für eine Individualleistung durchzuführen wäre, weil das ganze Recht der Realexekution auf die Befriedigung von Geldforderungen zugeschnitten ist. Auch geht diese Konstruktion über den Zweck der V. hinaus: denn Haftung hat zum Ziel die Befriedigung des Anspruchs, die V. aber bezweckt nur Sicherung des Anspruchs.

Der Grund, weshalb die dinglichen Konstruktionen sich einer gewissen Beliebtheit erfreuen, mag darin liegen, daß für sie die Elisionskraft der V. sich aus dem Satze ergibt: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet. Dieser Vorteil wird damit erkauft, daß die Regeln über die akzidentiellen Wirkungen der V. für überflüssig erachtet werden müßten, wenn die V. ein dingliches Recht begründete.

Gierke – Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 21 –, Biermann in der ersten Auflage des Sachenrechts und, wenn auch nicht ausdrücklich, Dernburg erblicken in der V. die Wiedererweckung des landrechtlichen Instituts des ius ad rem; auch Endemann § 65 Anm. 8, Priester im ArchBürgR. Bd. 22 S. 171, Reichel S. 147 und Strecker S. 112 zeigen sich zu gewissen Zugeständnissen an diese Auffassung bereit. Es ist nicht zu verkennen, daß der dem Rechtsinstitut der V. zu grunde liegende Gedanke — vgl. S. 33/4 ff. – derselbe ist wie beim Institut des ius ad rem: die Kenntnis eines fremden Anspruchs verpflichtet dazu, ihn zu respektieren — ein Satz, der heute noch nicht alle Bedeutung verloren hat; betrachtet doch die Verkehrssitte die

Respektierung bekannter Ansprüche von Dritten als eine Anstandspflicht, deren Verletzung unter besonderen Umständen wider die guten Sitten verstoßen kann — vgl. neuerdings Urt. des VI. ZS. des RG. vom 30. Mai 1910, JW. Bd. 39 S. 705. Nur der Unterschied würde bestehen, daß das ius ad rem positive Kenntnis des beeinträchtigten Anspruchs voraussetzte, während bei der V. die allgemeine Erkennbarkeit des im Grundbuch verlautbarten Anspruchs genügen würde.

Allein durch die V. wird kein ius ad rem begründet; dies ergibt sich daraus, daß der gegen den Dritten zu richtende Anspruch nicht auf Herbeiführung der beanspruchten Rechtsgestaltung gerichtet ist, wie es beim ius ad rem gegen den bösgläubigen Erwerber der Fall wäre, sondern nur auf Erteilung der Zustimmung geht — § 888 BGB. Ferner wirkte das ius ad rem nur bei Ansprüchen auf Eigentumsübertragung, die V. dagegen sichert Ansprüche aller Art, sogar solche auf Aufhebung von Rechten. Endlich war in der landrechtlichen Praxis anerkannt, daß das ius ad rem im Konkurs kein Vorzugsrecht gewährte; ganz anderes gilt von dem durch V. gesicherten Anspruch.

Selbst wenn übrigens die beiden Rechtsinstitute identisch wären, so wäre damit sehr wenig gewonnen; das BGB. hat das Rechtsinstitut des ius ad rem nicht übernommen. — Mot. III S. 3; Prot. III S. 112 — und auf die übrigens äußerst kontroversen Sätze des Landrechts zurückzugreifen ist nach Art. 55 EG. z. BGB. unzulässig; wenn sich daher der gesicherte Anspruch als ius ad rem herausstellen sollte, so wäre damit zwar eine Bezeichnung, aber keine Lösung der Fragen gefunden, zu deren Be-

antwortung doch jede Konstruktion letzten Endes dienen soll.

Obernecks Meinung geht dahin, daß der Anspruch mit der Eintragung der ihn sichernden V. zur obligatio in rem scripta werde; seine Meinung teilen Weigelt und Kohler im ArchBürgR. Bd. 15 S. 101. Diese Auffassung scheitert an der positiven Vorschrift des § 888 BGB., der dem gesicherten Gläubiger einen andern Anspruch gegen den Dritten als gegen den Anspruchsschuldner gibt; außerdem wäre § 883 II BGB. nicht nur überflüssig, sondern geradezu widersinnig: wenn der Dritte kein einwandfreies, voll beständiges Recht erwirbt, so ist der Anspruch gegen ihn ja wertlos, weil er selbst immer nur das „unwirksame" Recht übertragen kann.

In Übereinstimmung mit der gemeinen Meinung des preußischen Rechts legt Fuchs S. 113 ff. und bei Gruchot Bd. 46 S. 549 ff. der V. die Wirkung bei, daß sie die Rechtsänderung, auf deren Herbeiführung der gesicherte Anspruch gerichtet ist, in bedingter Weise herbeiführe; dieser Ansicht folgen Böhm, Jäger Bem. 2 zu § 14 S. 194 und Vervier. Der Gewinn dieser Theorie besteht darin, daß sie die § 883 II BGB. statuierte Elisionskraft der V. als einen Anwendungsfall des § 161 BGB. darstellt, was bei dem Gleichlaut beider Bestimmungen nahe genug liegt. Die Schwäche dieser Meinung liegt in dem Begriff der Bedingung: als solche wird nämlich bald die „Liquidestellung des Anspruchs", bald der Eintritt der beanspruchten Rechtsgestaltung bezeichnet; die erste Alternative kommt dann dazu, den Erwerb eines Sachenrechts von andern und zwar einfacheren Erfordernissen abhängig zu machen als dies das dritte Buch des BGB. bestimmt: man käme auf grund einer V.

und eines rechtskräftigen Urteils, das den Schuldner zur Hypothekenbestellung verurteilt, in den Besitz des Hypothekenrechts; die zweite Alternative gebraucht das Wort „Bedingung" in einem unzulässigen Sinn als sog. Rechtsbedingung [1].

Der ausführlichen Bekämpfung der Theorie Fuchsens durch Biermann S. 167 ff. sind neue Gesichtspunkte nicht mehr beizufügen.

Eine letzte Gruppe von Autoren schreiben der V. die Wirkung eines „qualifizierten Veräußerungsverbots" oder einer „qualifizierten Verfügungsbeschränkung" zu; hieher gehören Planck Bem. 2 zu § 883 S. 95; Kober Bem. IV 1 zu § 883 S. 140; Achilles-Strecker S. 134; Predari § 8 VI S. 210; Kretzschmar Bem. IV 1 b zu § 883 S. 91; Turnau-Förster Bem. II 4 k zu § 883 S. 201; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 527; Leyser S. 56 f.; Reichel S. 147.

[1] Sie ist nichts anders als ein Fall des nachgerade zum Unfug gewordenen Mißbrauchs, jedes Tatbestandserfordernis als „Bedingung" zu bezeichnen, worüber schon Endemann I § 76 Anm. 6 klagt; bezeichnet doch Vervier S. 76 das Vorkaufsrecht als „bedingtes Eigentum" und gibt dem nasciturus ein „bedingtes Erbrecht" unter „der Bedingung, daß er lebend zur Welt kommt". Mit demselben Recht könnte man den Verlobungskuß als „bedingte Familie" bezeichnen. Es ist völlig verfehlt, auf eine derartig mißbräuchliche Verwendung des Wortes wie des Begriffs der Bedingung eine Konstruktion der V. stützen zu wollen. Die Unterscheidung zwischen Bedingung und Tatbestandsvoraussetzung ist keineswegs, wie Fuchs meint, eine terminologische Schrulle, sondern zwischen den beiden Begriffen besteht der sehr wesentliche Unterschied, daß die echte Bedingung „den Eintritt der Rechtswirkung an eine willkürliche Tatbestandsvoraussetzung bindet, während die sog. Rechtsbedingung sich auf eine rechtsnotwendige Tatbestandsvoraussetzung bezieht" — Endemann II § 21 Anm. 5.

Die Wirkung der V. unterscheidet sich von der des Veräußerungsverbotes in folgenden Punkten:

a) Die Vormerkung sichert nur eine bestimmte, genau abgegrenzte Klasse von Ansprüchen, die sicherungsfähigen Ansprüche des § 883 I BGB.; das Veräußerungsverbot ist in seiner Anwendung nicht beschränkt.

b) Das Veräußerungsverbot wirkt in dem Augenblick, wo es erlassen ist; nur wird der Unkundige geschützt — § 135 II BGB.; Eintragung ins Grundbuch ist zur Wirksamkeit des Veräußerungsverbots nicht erforderlich; eine V. außerhalb des Grundbuchs dagegen gibt es nicht.

c) Das Veräußerungsverbot verliert seine Wirkung im Konkurs § 13 KO.; die V. entfaltet gerade im Konkurs eine besondere sichernde Wirkung — § 24 KO.

d) Das Veräußerungsverbot führt die Einstellung der Zwangsvollstreckung herbei — § 772 ZPO.; die V. hindert die Vollstreckung nicht, § 48 ZVG. setzt sogar voraus, daß die Zwangsvollstrekkung in einen mit einer V. belästigten Gegenstand betrieben wird.

e) § 888 II BGB. macht ausdrücklich einen Unterschied zwischen V. und Veräußerungsverbot.

f) Das Veräußerungsverbot hat die Wirkung nicht, die im § 884 BGB. der V. beigelegt ist.

Wenn trotz diesen Anomalien die V. als ein „qualifiziertes Veräußerungsverbot" bezeichnet wird, so ist gegen den Namen nichts einzuwenden; das Wesen der V. ist damit nicht weiter aufgehellt, denn dazu wäre gerade zu untersuchen, worin die „qualifizierenden" Momente zu finden sind.

Die Meinung, daß die V. eine Verfügungsbeschränkung begründe – vertreten von Reichel aaO.; Reichel Umschreibung S. 6; Du Chesne bei Lobe Bd. 7 S. 196 und Seuff. Bl. 1906 S. 408 — scheitert daran, daß eine der V. widerstreitende Verfügung nicht unwirksam ist, sondern nur durch die Herbeiführung der anspruchsmäßigen Rechtsgestaltung vernichtet werden kann: zur Unwirksamkeit der Verfügung genügt nicht die V. allein, wie das Verfügungsverbot für sich allein genügt, sondern es muß noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzutreten.

Biermann bezeichnet die Formel, die die Antwort auf die Frage nach dem Wesen der V. geben soll, sehr richtig als Definition; denn eine Konstruktion der V. stellt seine Formel nicht dar; er schließt den Abschnitt, der vom „Wesen der V." handelt, mit der Definition: Die V. ist ein Grundbuchsvermerk, der die Verwirklichung der im § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert.

Jedenfalls ist „diese Fesstellung nicht genügend, die Masse zweifelhafter Fragen zu entscheiden, die bei der lückenhaften gesetzlichen Regelung hervortreten" – Örtmann im ArchBürgR. Bd. 21 S. 137. Durch die Aufnahme der Worte „in dinglicher Weise" wird in die Definition eine bedauerliche Unklarheit hineingetragen; denn „dinglich" wird üblicherweise nur als Prädikat von Rechten gebraucht; in der Biermannschen Definition kann es aber diesen Sinn nicht haben, nachdem Biermann die Konstruktionen, die den Begriff des dinglichen Rechts verwerten, ausdrücklich abgelehnt hat. Wohl infolge der durch die Hereinziehung des Dinglichkeitsbegriffs entstandenen Unklarheit der Biermannschen Definition ist Fuchs bei Gruchot Bd. 46 S. 564 zu der

auffallenden Konstatierung gekommen, es beständen zwischen seiner und Biermanns Auffassung keine wesentlichen Unterschiede mehr.

§ 12.

Einige Streitfragen über das Recht der Vormerkung.

1. Die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs können mit dem gesicherten Anspruch in verschiedene Beziehung gesetzt werden:

a) Daß die Rechtsvermutung des § 891 BGB. für gesicherte Ansprüche nicht gilt, ist bereits S. 70 erwähnt worden.

b) Da mit dem Erwerb einer V. kein dingliches Recht erworben wird, kann auch § 892 BGB. nicht angewendet werden; so Reichel S. 103; Kober Bem. V 3b zu § 883 S. 144; Turnau-Förster Bem. II 4d zu § 883 S. 198; Männer S. 80 Anm. 46; Biermann S. 188; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 529; Predari § 8 IV 2 D S. 207; Oberneck § 50, 4 S. 446; Philipsen S. 67; Stinzing im Recht 1904 S. 321; Strohal S. 19 Anm. 16; Schilde S. 15 ff.; Vervier S. 99; Kammergericht vom 28. Januar 1901 Rspr. Bd. 2 S. 243; OLG. Hamburg vom 20. Dezember 1905 Rspr. Bd. 12 S. 174. Anders Othmer S. 86; Fuchs S. 122; Ramdohr bei Gruchot Bd. 44 S. 352; Sekler § 14 V 2a *a* S. 139. Nach Strohals erschöpfender Behandlung dieser Frage würden neue Ausführungen hiezu den Nachweis ihrer Existenzberechtigung schwer erbringen können.

c) § 893 BGB. gewährt den Schutz des guten Glaubens dem, der an den buchmäßig Berechtigten

auf grund des aus dem Buch ersichtlichen Rechts eine Leistung bewirkt sowie dem, der mit dem buchmäßig Berechtigten in Ansehung des aus dem Buch ersichtlichen Rechts ein Rechtsgeschäft vornimmt, das eine Verfügung über das Recht enthält. Mit Ramdohr sollen die Fälle der ersten Art als „Leistungsgeschäft", die der zweiten Art als „Verfügungsgeschäft" bezeichnet werden. Da Leistungen, die auf grund der V. bewirkt werden, nicht denkbar sind — Sekler § 14 V 2 c S. 143 —, so kann nur der Fall des Verfügungsgeschäfts in Frage kommen. Da die Zwangsvormerkungen ebenso wie die von Amtswegen eingetragenen V.en hier ausscheiden, so spitzt sich die Frage dahin zu, ob in der Bewilligung einer V. eine Verfügung zu erblicken sei. Diese Frage bejaht Strohal S. 23 mit der Begründung, daß die V. eine Minderung des rechtlichen Könnens des Betroffenen herbeiführe. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Zum Begriff der Verfügung gehört die unmittelbare Herbeiführung einer Änderung der dinglichen Rechtslage; hiezu würde der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung im Sinne Strohals durchaus genügen; aber die V. hat diese Wirkung nicht. Der Anspruchsschuldner kann über den belästigten Gegenstand jede beliebige Verfügung treffen; sie ist vollkommen wirksam, nur wird sie durch den Eintritt der beanspruchten Rechtsänderung verdrängt; aber nicht, weil der Anspruchsschuldner in seiner Verfügungsmacht beschränkt gewesen wäre und weil deshalb der Dritte von ihm nur ein unvollkommenes Recht erworben hätte, sondern weil das Gesetz der Verfügung des nicht mehr verfügungsberechtigten Anspruchsschuldners die volle Wirkung der rechtmäßigen Verfügung zulegt. Die Rechtsstellung des Dritten gleicht der des Eigen-

tümers einer beweglichen Sache, der diese einem Andern in Verwahrung gegeben hat: beide können durch die Verfügung eines Nichtberechtigten um ihr Recht gebracht werden, jener nach den Vorschriften über die V., dieser nach § 932 BGB.; beide haben vollgültiges Recht erworben, das ihnen nur wieder entwunden worden ist. Da somit durch die V. keine Änderung in der dinglichen Rechtslage eintritt, so kann die Bewilligung einer V. nicht als Verfügung bezeichnet werden und damit entfällt der letzte und einzige Grund, weshalb man die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auf den durch V. gesicherten Anspruch anwenden könnte. Strohals Abhandlung krankt daran, daß sie die Frage, ob dem gesicherten Gläubiger der öffentliche Glaube des Grundbuchs zu statten komme, lösen will, ohne zu der Frage der sog. Konstruktion der V. Stellung zu nehmen — S. 6; dies ist nicht möglich und Strohals Ansicht hierüber rächt sich dadurch, daß Strohal unbewußt und daher auch ohne Prüfung zu der Frage der Konstruktion eben doch Stellung genommen und sie dahin beantwortet hat, daß die V. eine Verfügungsbeschränkung im Sinne Reichels bewirke.

Weiterhin bringt Strohal S. 25 das folgende Argument: wenn der Schutz des guten Glaubens dem eingetragene Vorkaufsberechtigten zu statten kommt, obschon die endgültige Eintragung des Vorkaufsrechts dritten Personen gegenüber nicht stärker wirkt als die V. zur Sicherung des . . . . Anspruchs auf Eigentumsübertragung, so ist nicht einzusehen, warum jener Schutz dem zur Sicherung eines [sicherungsfähigen] Anspruchs . . . . auf grund Bewilligung Vorgemerkten nicht soll zu statten kommen können. Diese etwas blendende Schlußfolgerung

erweist sich als Trugschluß, wenn man sie unter die übliche Schlußformel stellt: sie lautet dann:

Prop. maior: Der Erwerb des Vorkaufsrechts steht unter dem Schutz des guten Glaubens;

Prop. minor: die V. wirkt mindestens ebenso stark wie das Vorkaufsrecht.

Aus diesen beiden Prämissen folgt gar nichts, weil der Schutz des guten Glaubens keine „Wirkung" des Vorkaufsrechts ist, sondern sich aus § 892 BGB. ergibt; eine Voraussetzung dieser Bestimmung, nämlich die des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, kann allerdings unter anderm auch dadurch erfüllt werden, daß ein Vorkaufsrecht bestellt wird; das kann aber unmöglich als „Wirkung" des Vorkaufsrechts bezeichnet werden. Um den Schluß Strohals zu rechtfertigen, müßte entweder die propositio maior lauten können: Das Vorkaufsrecht hat die Wirkung, daß sein Erwerber den Schutz des guten Glaubens genießt, oder die propositio minor müßte formuliert werden können: die V. ist identisch mit dem Vorkaufsrecht; beide Sätze sind unhaltbar.

Ein wenig glückliches Argument gegen die von Strohal verteidigte Ansicht bringen Endemann § 65 Anm. 22 und Stintzing im Recht 1904 S. 322: durch die Unterscheidung zwischen bewilligter und verfügter V. — welch ersterer Strohal im Gegensatz zur letzteren den Schutz des guten Glaubens gewährt — würde der im Gesetz einheitlich gestaltete Begriff der V. in zwei Arten von V.en gespalten. Auch diesem Argument liegt die irrige Auffassung zu grunde, als ob der Schutz des guten Glaubens eine Wirkung des zu bestellenden Rechts wäre. Es leidet doch auch die Einheitlichkeit des Mobiliarpfandrechts nicht darunter, daß es durch Vertrag wie

durch Pfändung begründet werden kann und daß im ersten Fall der gute Glaube geschützt wird, im zweiten aber nicht.

Demnach ist zu entscheiden, daß die Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens auf den gesicherten Anspruch in keiner Weise angewendet werden können; ebenso Biermann S. 192 3; Philipsen S. 68; Predari § 8 VI S. 211; Stintzing im Recht 1904 S. 322; Turnau-Förster Bem. II 1 d zu § 883 S. 198; Endemann § 65 4 b S. 413; anders Fuchs S. 172; Othmer S. 103; Reichel S. 154; Sekler § 14 I 5, S. 130; Ungewitter bei Gruchot Bd. 48 S. 157; Reichel Umschreibung S. 6 f.; Crome § 376, 4 b S. 184.

2. Schon Seite 6 ist erwähnt worden, daß es ungenau ist, vom Rang der V. zu sprechen; ein Rang kommt nur beschränkten Rechten oder Ansprüchen zu. Reichel S. 115 glaubt, wenn zwei Auflassungsvormerkungen einander folgten, von einem Rang dieser V.en sprechen zu müssen, obgleich er richtig erklärt, daß zwei Eigentumsrechte an derselben Sache niemals in einem Rangverhältnis stehen können. Mit „Rang" ist hier die zeitliche oder örtliche Reihenfolge gemeint, dasselbe, was das Gesetz richtiger mit den Worten „nach der Eintragung der V." bezeichnet. Planck Bem. b zu § 883 schließt aus § 883 III BGB., daß die V. zur Sicherung eines Anspruchs auf Eintragung einer Belastung mit den übrigen Eintragungen in einem Rangverhältnis stünde und daher in dieser Hinsicht einem dinglichen Recht gleichstehe. Der Text des Abs. III gibt zu dieser Meinung keine Veranlassung, denn dort ist nur ausgesprochen, daß der Rang des beanspruchten Rechts sich nach Zeit und Art der

Eintragung der V. bestimmt, ohne daß damit der V. selbst ein Rang zuerteilt wäre.

Die Bedeutung des § 883 III BGB. ist nicht unbestritten. Wenn durch eine anspruchswidrige Verfügung ein Recht am Gegenstand bestellt wird, das dem beanspruchten Recht den Rang wegnimmt, so ist hierin zweifellos eine Beeinträchtigung des Anspruchs zu erblicken; diese ist aber unwirksam. Da die conservatio loci nur eine Erscheinungsform der sog. Elisionskraft der V. ist — Sekler § 14 III 1 S. 132 —, so kann in dem Abs. III nur eine an sich überflüssige, erläuternde Bestimmung gefunden werden, ähnlich wie § 1179 BGB. nur die Mission hat, die befürchteten Zweifel über einen im Gesetz bereits ausgesprochenen Rechtssatz abzuschneiden.

Die V. wirkt wirtschaftlich wie eine Belastung: hat der Eigentümer eine V. für einen Hypothekenbestellungsanspruch eintragen lassen, so ist der durch die künftige Hypothek einzunehmende Rang für ihn wirtschaftlich betrachtet bereits vergeben; er muß daher bei Aufnahme einer weiteren Hypothek den deren schlechterem Rang entsprechenden höheren Zinsfuß bezahlen, obwohl die Möglichkeit besteht, daß die in Aussicht genommene Hypothek nicht zu stande kommt. Um diese anscheinende Härte zu vermeiden und den Eigentümer vor einem solchen Rangverlust zu bewahren, ist der Satz aufgestellt worden, die V. wirke quoad locum wie ein dingliches Recht, so Turnau-Förster Bem. II 6 zu § 883 S. 204, Bem. II 4 zu § 880 S. 174; Reichel Umschreibung S. 52 und insbes. Kammergericht vom 17. Juni 1901, RJA. Bd. 2 S. 145, wo diese Ansicht mit dem „dringenden Bedürfnis des Realkredits" begründet wird. Mit der nicht ganz eindeutigen Fassung „die

V. stehe in Bezug auf den Rang einem dinglichen Recht gleich“ ist gemeint, daß der Eigentümer über den durch die V. reservierten Rang, nicht etwa einen Wertabschnitt des Grundstücks verfügen kann; denn die Autoren, die diese Meinung vertreten, lassen aus der V. keine Eigentümerhypothek entstehen; der Satz ist daher so zu verstehen, als ob die V. gleich einem Rangvorbehalt wirke, auch wenn die beanspruchte Rechtsgestaltung nicht eintritt. Allein diese Auffassung wird der Bestimmung der V. nicht gerecht: die V. soll lediglich einen Anspruch sichern; fällt dieser fort, so ist die V. gegenstandslos. Der Eigentümer mag mit dem nach der V. eingetragenen Hypothekar ein Abkommen treffen, um von der durch Wegfall der V. erhöhten Sicherheit der Hypothek etwa durch Nachlaß an Zinsen zu profitieren; eine Wirkung gleich der des Rangvorbehalts kommt der V. an sich nicht zu — ebenso Bongartz S. 35. Daher kann von einer Zession des Ranges der V. nur in dem Sinn die Rede sein, daß der — durch die V. gewahrte Rang des Rechts, auf dessen Begründung der gesicherte Anspruch gerichtet ist, also der Rang des künftigen Rechts zediert wird; kommt das beanspruchte Recht nicht zu stande, so ist die Rangzession gegenstandslos. Mit einer derartigen Zession des künftigen Rechts wird auch das RJA. Bd. 2 S. 145 anerkannte „dringende Bedürfnis des Realkredits“ genügend berücksichtigt.

Im Zusammenhang mit der Frage des Rangs steht die Frage, ob an die Stelle der V. zur Sicherung eines Anspruchs auf Hypothekenbestellung eine Eigentümerhypothek treten könne. Die Frage könnte nur bejaht werden, wenn durch die V. ein Wertabschnitt des Grundstücks selbständig gemacht und

abgeschieden würde. Nach der hier vertretenen Auffassung kann davon keine Rede sein; denn das Entstehen der Eigentümerhypothek setzt ein bereits bestehendes Grundstückspfandrecht voraus; ein solches begründet die V. nicht; daher kann aus der V. keine Eigentümerhypothek werden; ebenso Reichel S. 121; Kober Bem. V 11 zu § 883 S. 147; Fuchs Bem. 9 *a* zu § 883 S. 115; Turnau-Förster Bem. 4 g zu § 883 S. 164, Bem. II 7 zu § 1163 S. 749; Crome § 376 Anm. 127; Biermann S. 196 f.; Sekler § 15 I 2 b S. 156; Predari § 8 IV 2 B S. 205; Kretzschmar Bem. V zu § 883 S. 92; Bendix bei Gruchot Bd. 49 S. 519; Endemann § 65 Anm. 83; Priester ArchBürgR. Bd. 22 S. 180, Anm. 16; Bongartz S. 37; Güthe Bem. II 9 zu § 25 S. 514; Kammergericht vom 11. Juli 1902, Rspr. Bd. 5 S. 391; OLG. Karlsruhe vom 5. Mai 1905, Rspr. Bd. 11 S. 120; OLG. Dresden vom 9. April 1906, Rspr. Bd. 14 S. 69; RG. Bd. 65 S. 264. Anders Othmer im Arch.-BürgR. Bd. 23 = 1904 S. 176; Böhm Bem. III B zu § 883 S. 44; Dernburg BürgRecht III § 220 II 1 S. 66; Bruck Eigentümerhypothek S. 170.

3. Die Frage, ob gegen die V. der Berichtigungsanspruch zulässig ist, gehört nicht in die Lehre von der V., sondern ist eine Frage der Auslegung des § 894 BGB. Wer in dem Berichtigungsanspruch mit Mot. III S. 236 nur eine besondere Gestaltung der negatorischen Ansprüche sieht, muß gegen die V. die Berichtigungsklage versagen, da die V. nicht eine der wirklichen Rechtslage widersprechende Rechtsgestaltung dinglicher Art verlautbart. Wer dagegen mit Ramdohr, Schilde und Stintzing im Recht 1905 S. 72 dem Berichtigungsanspruch allgemein die Funktion zuweist, Grundbucheinträge aller Art evident zu halten, wird ohne Bedenken den § 894 BGB.

weitherziger interpretieren, als er lautet ohne den kleinlichen Vorwurf zu fürchten, mit der Anwendung des § 894 BGB. vertrage es sich nicht, die Rechtsnatur der V. zu leugnen.

Wer gegen die V. die Berichtigungsklage gewährt, muß auch den an die gleichen Voraussetzungen gebundenen Widerspruch gegen die V. gewähren. Allerdings nimmt die V. am öffentlichen Glauben nicht teil; deshalb ist aber ein Widerspruch gegen die V. noch nicht bedeutungslos, wie vielfach behauptet wird — vgl. Turnau-Förster Bem. II 4c zu § 883 S. 199; Dernburg Sachenrecht § 51 Anm. 12; Schilde S. 80; OLG. Dresden vom 29. Mai 1900 bei Lobe Bd. 2 S. 715; Kammergericht vom 28. Januar 1901, Rspr. Bd. 2 S. 243, vom 4. Januar 1906, Rspr. Bd. 12 S. 166. Der Eigentümer hat ein sehr lebhaftes Interesse daran, gegen eine ungerechtfertigte V. sofort einen Widerspruch eintragen zu können; denn eine V., der ein Widerspruch entgegensteht, wird von einem Käufer des belästigten Grundstücks bedeutend weniger ernst genommen werden und daher den Wert des Grundstücks bedeutend weniger drücken. Es muß daher ein Widerspruch gegen die V. für zulässig erachtet werden, so auch Reichel S. 155; Biermann S. 83; Henle im Recht 1909 S. 384.

Ist für einen sicherungsfähigen Anspruch noch keine V. eingetragen, so kann auch im allerweitesten Sinn von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs keine Rede sein.

Wenn die V. ohne Grund gelöscht worden ist, so ist damit auch die Sicherung des Anspruchs erloschen, es besteht nur noch der Anspruch für sich allein. Daher ist auch das Grundbuch nicht unrichtig; zu gunsten einer gelöschten V. ist daher weder Be-

richtigungsklage noch Widerspruch möglich — vgl. Reichel S. 155; Bongartz S. 68; Kretzschmar Bem. IV 2 zu § 894 S. 131; Männer § 11 Anm. 17; Vervier S. 102; Turnau-Förster Bem. II 5 zu § 886 S. 225; anders Othmer S. 24; Sekler § 14 V 3 β S. 146; Schilde S. 56.